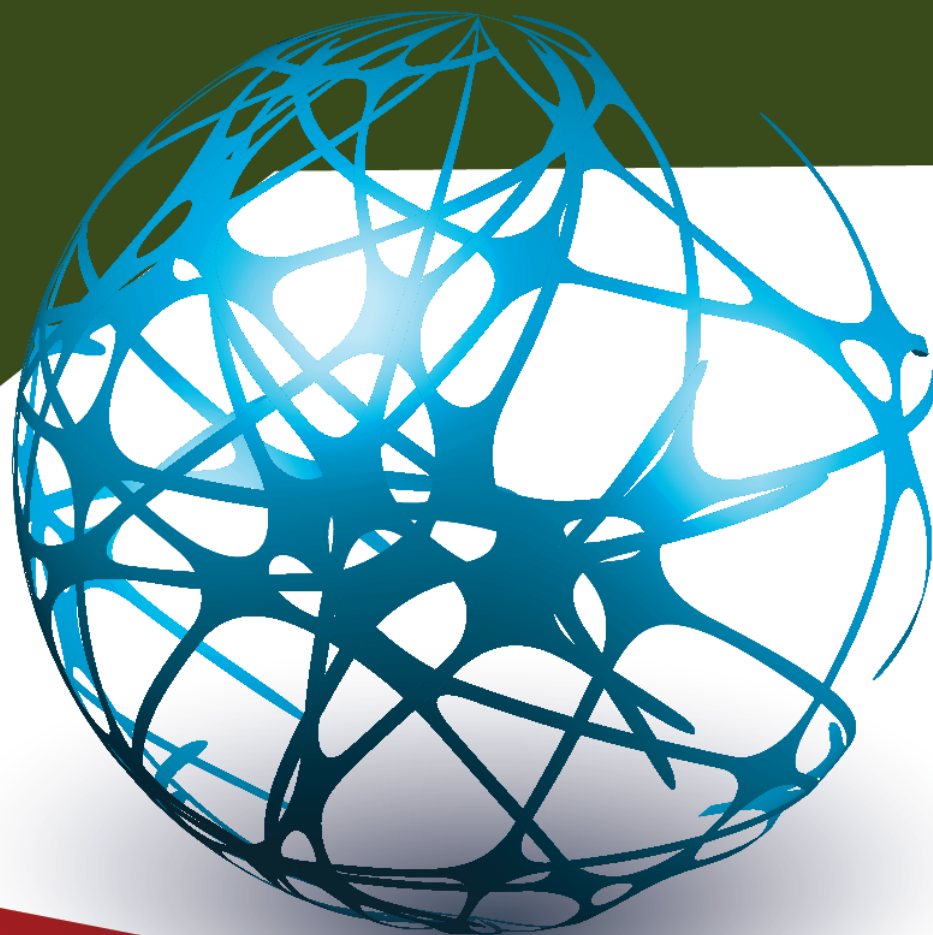


FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO



V
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.
Jaime Domingues Brito
José Eduardo Lourenço Santos

©2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Jaime Domingues Brito & José Eduardo Lourenço Santos
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do V SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)

Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo – ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Função Política do Processo / Jaime Domingues Brito, José Eduardo Lourenço Santos, organizadores. -1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-28-9

1. Função Política do Processo. Jaime Domingues Brito, José Eduardo Lourenço Santos

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.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A LIMITAÇÃO DAS PRERROGATIVAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA COMO CONDIÇÃO PARA O IMPLEMENTO DOS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	5
Álvaro Sampaio Dias NETO	
ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA E A ORDEM CRONOLÓGICA DOS JULGAMENTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	20
Manuella de Oliveira SOARES André Murilo Parente NOGUEIRA	
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA FORMA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA.	41
Fernando Rodrigues de ALMEIDA Giovane Moraes PORTO	
POBREZA, DESIGUALDADE E EXCLUSÃO PROCESSUAL: AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA	62
Guilherme Barbosa SILVA Patricia Carla FERNANDES	
PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	84
Ana Cristina Lemos ROQUE Edinilson Donisete MACHADO	
PROCESSO E FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO	101
Natacha Ferreira Nagao PIRES Jefferson Fernandes NEGRI	
REPERCUSSÃO GERAL: UMA LEITURA CONCEITUAL E CRÍTICA	125
Renan Cauê Miranda PUGLIESI	
VESTÍGIOS DE UMA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DE CAPPELLETTI: MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO NOVO PARADIGMA DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA	154
Vanessa Rui FAVARO	
A SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	183
Mateus Vargas FOGAÇA Fábio Ricardo Rodrigues dos SANTOS	

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DO
INSTITUTO À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO** 204
PROCESSO LEGAL

Claudia Karina Ladeia BATISTA

Mário Lúcio Garcez CALIL

**DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL DO** 243
TRABALHO

Tiago Domingues BRITO

Igor Fernando de Souza Possette

**PROCESSO JURISDICIONAL E MOVIMENTOS SOCIAIS: UM NOVO
ESPAÇO PÚBLICO PARA REIVINDICAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS** 262

Thadeu Augimeri de Goes LIMA

Winnicius Pereira de GÓES

A LIMITAÇÃO DAS PRERROGATIVAS JURÍDICO- PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA COMO CONDIÇÃO PARA O IMPLEMENTO DOS OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Alvaro Sampaio Dias NETO¹

RESUMO

Este breve trabalho busca compreender a recuperação judicial de empresas (Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005) sob a ótica da sua utilização como um instrumento de abrangência tanto econômica quanto política, e, nesse contexto, situar a questão das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo como fator limitador do cumprimento do objetivo fundamental da recuperação judicial, haja vista os entraves que podem ser criados para a obtenção da homologação do plano de recuperação judicial e para o alcance da recuperação econômica da empresa. A Fazenda Pública, apesar de não integrar o juízo universal de credores, como uma de suas prerrogativas processuais, em tese, pode postular diretamente nos autos da recuperação judicial, em busca da constrição de bens para satisfazer o seu crédito, bem como tem a faculdade de exigir a certidão negativa de débitos fiscais para a homologação do plano de recuperação judicial, fato que pode se tornar um entrave para a empresa que vive uma crise financeira e almeja a recuperação das suas finanças. Portanto, o presente estudo visa estabelecer uma nova reflexão sobre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, a fim de coaduná-las com o objetivo político, social e econômico da recuperação judicial de empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial. Fazenda Pública. Princípio da Isonomia. Interesse Público.

ABSTRACT

This brief Job search Understanding the bankruptcy of companies (Law 11.101 of February 9, 2005) sob an optical use as hum coverage instrument both The Economic Policy and, in this context, to place the question of the powers of the Treasury As Factor in court compliance with the limiting of the fundamental bankruptcy Goal, view Haja OS barriers que MAY be created paragraph obtaining judicial recovery plan for approval and the scope paragraph of the Company's Economic Recovery. The Treasury, though Nao Integrate universal judgment creditors, A As ITS procedural prerogatives, in theory, CAN postulate directly nos autos from bankruptcy in search Goods constriction To satisfy his credit, As Well As HAVE college requiring a clearance certificate of tax debts paragraph one Ratification of judicial recovery plan,

¹ Estudante de Graduação do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

Suit que CAN become hum obstacle paragraph Company who lives One Financial crisis and targets a recovery of YOUR Finance. Therefore, the present study aims to establish a new reflection about the procedural prerogatives of the Treasury, an End to tally them with the Political Goal, Economic and Social Judicial Corporate Recovery.

KEY-WORDS:Judicial Recovery. Treasury . Principle of Isonomy .Public Interest.

INTRODUÇÃO

A Fazenda Pública, compreendida como uma pessoa jurídica de direito público, tem como objetivo precípuo a preservação do interesse público, traduzido pela idéia da obtenção do "bem comum", em favor de toda a sociedade. Em função disso, o legislador estabeleceu uma série de prerrogativas processuais em prol da Fazenda Pública, conferindo um tratamento assimétrico a esta, quando comparada ao particular.

A execução fiscal (Lei nº 6.830 de 22.09.80), entendida como uma das formas de tratamento processual diferenciado, representa o principal mecanismo por meio do qual o Fisco busca satisfazer o crédito tributário perante o contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica. A Fazenda, através deste procedimento especial de execução, goza de prerrogativas e privilégios que lhe são inerentes para auxiliar a União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias a satisfazerem os créditos decorrentes de dívidas ativas.

A recuperação judicial, por sua vez, simboliza um instituto fundamental para empresas que eventualmente estão em crise econômica e não têm conseguido, através dos métodos extrajudiciais, reerguer-se financeiramente. Assim, na recuperação judicial, a empresa busca, através de um plano, que deverá ser aprovado pelos credores no juízo universal, satisfazer seus débitos, bem como propor planos para se reestabelecer economicamente. Consequentemente, por se tratar, nesses casos, de empresas com sérias dificuldades econômicas, faz-se necessária a suspensão do trâmite dos outros processos nos quais ocorram a cobrança ou execução de dívidas da empresa em recuperação, para que sejam todos os credores convocados a discutir o plano de recuperação através do juízo universal de credores.

A discussão se instaura quando a empresa se encontra em fase de recuperação

e, concomitantemente, apresenta débitos oriundos de dívidas ativas, ainda não satisfeitos. Nesse caso, a Fazenda, cuja exigibilidade dos créditos não se suspende com a recuperação judicial da devedora, busca expropriar bens ou dinheiro em nome desta.

Entretanto, a possibilidade da exigibilidade imediata do crédito da Fazenda Pública se contrapõe à necessidade da executada em resguardar seu patrimônio, como medida de substancial importância para sua preservação e de proteção ao cumprimento do próprio plano de recuperação econômica.

Necessário, assim, que se faça uma abordagem centrada na análise do processo de recuperação judicial, segundo a concepção da sua função política e econômica, como forma de justificativa para a necessidade da mitigação dos direitos processuais da Fazenda Pública, mormente no que se refere à não participação do crédito desta no concurso de credores e na imposição da existência da certidão negativa de débitos fiscais para a homologação do plano de recuperação judicial.

7

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO DA FAZENDA PÚBLICA

Fazenda Pública é o ramo da Administração Pública relacionada às finanças, isto é, é o setor encarregado da fixação e implementação de políticas econômicas, todas no âmbito estatal.

Em direito processual, o termo Fazenda Pública representa o Estado em juízo, ou ente público, compreendido como pessoa jurídica de direito público, atuando em uma demanda.

Logo, sob o prisma processual, a terminologia Fazenda Pública representa os entes da federação, ou suas autarquias e fundações públicas, que figurem em ações judiciais, ainda que a demanda não faça referência às matérias de ordem fiscal ou financeira.

A presença da Fazenda Pública como um dos litigantes, em razão da sua representação do interesse público, conduz à necessidade de uma exegese diferenciada em relação ao princípio constitucional da igualdade.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO PROCESSO

Conforme dispõe o artigo 5º da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei”, pode-se inferir disso, em princípio, que a lei, como instrumento regulador da sociedade, deve tratar todos os cidadãos de forma equitativa

Contudo, o tratamento igualitário preconizado pelo aludido princípio deve ser interpretado levando em consideração as diferenças e características específicas e particularidades de cada indivíduo, de sorte a equalizar às desigualdades existentes entre pessoas e grupos sociais.

A aplicação do princípio da isonomia guarda correspondência com a ideia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das respectivas desigualdades e, para tanto, há regras processuais que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar o equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais.

Nessa linha de raciocínio, foram estabelecidas regras processuais especiais conferidas à Fazenda Pública, em razão do interesse público que representa.

8

A FAZENDA PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO

A supremacia do interesse público em relação ao individual, embora seja um dos pilares do direito público, não conta com previsão expressa no texto Constitucional, porém, a ausência de positivação não se constitui em óbice para o reconhecimento da prevalência do interesse coletivo em detrimento ao do particular.

O interesse social e o geral relacionam-se com a coletividade ou sociedade civil, ao passo que o interesse público mantém ligação com o Estado. Há uma aproximação terminológica entre os termos, todavia, o interesse público não é a soma de interesses particulares, pois cabe à Administração definir o que seja o interesse público, naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador. Em contrapartida ao interesse geral, o interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, que representam os poderes executivo e legislativo, respectivamente.

E é neste contexto da representação do interesse público que a Fazenda Pública se insere, como se depreende das lições de Leonardo Carneiro da Cunha (2014, pg. 33):

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautor do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. **Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo.** Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria. (Negritei)

Percebe-se, desse modo, que a Fazenda Pública é mais do que um destinatário do interesse público, que se sobrepõe ao do indivíduo, mas sim, um ente que tem como premissa fundamental preservá-lo.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRIVILÉGIOS E GARANTIAS DA FAZENDA PÚBLICA

9

Como explanado, o tratamento processual diferenciado destinado à Fazenda Pública não implica na violação ao princípio da isonomia, e se justifica pela necessidade da existência de determinadas distinções legais, adequando os institutos jurídicos ao respectivo bem jurídico a ser tutelado, conforme dispõe Luiz Henrique Teixeira da Silva (2012, pg. 95):

De fato, sempre que verificada uma situação especial, a isonomia é alcançada justamente por meio das distinções legais, adequando determinado regime ao respectivo bem jurídico a ser tutelado. A vedação presente na Carta Magna diz respeito, primeiro, à escolha arbitrária de critérios de distinção, de modo a impedir a quebra da generalidade e abstração do produto da atividade legiferante. Em segundo plano, veda a criação de distinções irrazoáveis, situações nas quais o fator de discrimen usado pelo legislador não possui correlação lógica com a respectiva alteração do regime jurídico imposta. Por fim, impõe que a alteração esteja harmonizada com o sistema constitucional.

Embora possa ter outra natureza, é indubitável que o crédito tributário é aquele que melhor simboliza o tratamento processual diferenciado em favor da Fazenda Pública.

As garantias e os privilégios do crédito tributário estão definidos principalmente no Código Tributário Nacional, mas, dentre as várias prerrogativas das quais usufrui o crédito fiscal em relação aos demais, para o desiderato deste trabalho, é conveniente focar a preferência que possui no âmbito da recuperação judicial.

É sabido que, em regra, o crédito tributário detém preferência perante os demais credores, exceto os de natureza trabalhista e relativos a acidente de trabalho (art. 186 do CTN). Na falência, entretanto, também estarão em posição superior ao crédito tributário os extraconcursais, que são os relativos à própria administração da massa, como a remuneração do administrador judicial e de seus auxiliares e os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, bem como os créditos com garantia real, no limite do bem gravado, tendo esta última preferência sido estabelecida pela Lei Complementar 118 de 2005, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 186 do Código Tributário Nacional. Tais normas constam, igualmente, na Lei de Falências (Lei 11.101/05), em seus artigos 83 e 84, mas os créditos trabalhistas, na falência, só têm preferência até 150 salários mínimos por credor, conforme dispõe o artigo 186, parágrafo único, II, do CTN, combinado com o art. 83, I, da Lei 11.101/05.

Ademais, conforme dispõe o artigo 187 do Código Tributário Nacional, a "cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento".

Destarte, a cobrança do crédito tributário mantém a sua autonomia em relação aos processos de falência, concordata ou recuperação judicial, o que significa dizer que a execução fiscal ajuizada não é afetada pela superveniência da recuperação judicial do executado, prosseguindo a execução em seu curso normal, na vara em que foi ajuizada, não se fazendo necessário sequer que o Fisco habilite seu crédito no juízo universal.

Bem por isso que se revela necessário compreender o significado da recuperação judicial, a necessidade da existência da certidão negativa de débitos tributários como condicionante para a sua existência, e de como é afetada pela possibilidade da continuidade do processo de execução fiscal contra a empresa em recuperação.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, tem os seus objetivos traçados no artigo 47, que assim preceitua: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Como se nota, a nova legislação veio imbuída de uma evidente preocupação social, a fim de auxiliar a recuperação econômica de empresários e empresas, protegendo, por decorrência, os interesses dos trabalhadores e dos credores.

O princípio da preservação da empresa, alicerçado na função social desta, passou, assim, a ser uma diretriz nos processos de recuperação judicial, funcionando como importante parâmetro interpretativo das questões processuais pertinentes ao tema.

Nesse diapasão, leciona Gladston Mamede (2012, pg. 119):

A recuperação judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei 11.101/05). Essa definição legal positiva os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa: a recuperação visa a promover (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica (atendendo ao cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais).

A VIABILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A despeito da diretriz protetiva adotada pela Lei 11.101/05, nem toda sociedade empresária merece a chance de se reerguer, de maneira que a proteção legal não é irrestrita, somente se destinando às organizações produtivas que efetivamente

apresentem possibilidade de recuperação, comparando o custo social de suportar a recuperação da empresa, em contrapartida ao custo do processamento da falência e alienação do ativo entre os credores.

Em muitas análises, considera-se a viabilidade da empresa aliada com sua competitividade no mercado econômico-financeiro, porquanto o sistema financeiro tende a eliminar as empresas menos competitivas.

De qualquer forma, para a concessão da possibilidade legal de recuperação judicial, é necessário analisar os custos/prejuízos que serão ocasionados pela recuperação da empresa, mormente àqueles que serão socializados, em razão do encadeamento complexo de relações econômicas e sociais inerentes à atividade empresarial. Em suma, o impacto de um soerguimento abrange toda uma sociedade, não somente a empresa em si, mas todos os credores, trabalhadores e qualquer outro que se insira direta ou indiretamente nesse plano econômico, fatores que, assim, devem ser sopesados no momento do deferimento da recuperação judicial. Fábio Ulhoa Coelho (2012, pg. 338) aponta a importância social da empresa como vetor de análise para sua viabilidade ou não em recuperar-se:

A viabilidade da empresa a recuperar não é questão meramente técnica, que possa ser resolvida apenas pelos economistas e administradores de empresa. Quer dizer, o exame da viabilidade deve compatibilizar necessariamente dois aspectos da questão: não pode ignorar nem as condições econômicas a partir das quais é possível programar-se o reerguimento do negócio, nem a relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional. Assim, para merecer a recuperação judicial, a sociedade empresária deve reunir dois atributos: ter potencial econômico para reerguer-se e importância social. Não basta que os especialistas se ponham de acordo quanto à consistência e factibilidade do plano de reorganização do ponto de vista técnico. É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado.

Pelo exposto, se infere que a recuperação judicial da empresa ganhou contornos que se confundem com o próprio interesse público, o que, por vezes, pode gerar um conflito entre dois valores de cunho social, quais sejam, a defesa da

continuidade da atividade empresarial e a necessidade da preservação dos direitos da Fazenda Pública.

O CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Na esfera do Direito Tributário, o contribuinte representa aqueles indivíduos obrigados por lei a contribuir para as despesas públicas, vertendo recursos do seu patrimônio para o ente tributante. O fundamento jurídico de sua obrigação é a lei instituidora do tributo, ao passo que o fundamento jurídico indireto, que permite ao legislador a instituição dos tributos, é seu dever fundamental de pagar tributos. Os critérios de justiça tributária considerados são a justiça distributiva, fundada na capacidade contributiva de cada pessoa, ou a justiça comutativa, buscando de cada um o custeio da atividade estatal que lhe diz respeito, por ser divisível e específica.

Não se pode, a não ser por lei específica, com fulcro no artigo 150, § 6º do CTN, dispensar, quem quer que seja, do cumprimento das suas obrigações tributárias, desse modo, apenas por dispositivo expresso é que o contribuinte poderá ser excluído da obrigação de pagar o tributo. A previsão legal de que terceiro responderá pelo pagamento do tributo não exonera, por si só, o contribuinte, porquanto inadimplido o tributo, poderá este, eventualmente, ser responsabilizado pelo pagamento, exceto no caso de a atribuição da responsabilidade tiver se dado em caráter pessoal, integralmente, com sub-rogação.

No âmbito empresarial, essa premissa não se aplica de forma diversa, já que as empresas também devem realizar o pagamento de tributos, pois, não cumprindo os regulares pagamentos, sofrerão várias consequências, dentre elas, a execução fiscal e a não possibilidade de obtenção de certidão negativa de débitos fiscais, que é um dos requisitos necessários para a concessão da recuperação judicial.

A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS COMO PRESSUPOSTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O artigo 191-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 118/05, institui que a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de "todos" os tributos, observando o disposto nos artigos 151, 205 e 206 do mesmo código.

No mesmo rumo, a própria Lei 11.101/05 determina, em seu artigo 57, que a empresa em recuperação deverá apresentar as certidões negativas de débitos tributários como condição para obtenção da recuperação judicial.

Por conseguinte, mesmo vivenciando uma dificuldade econômica grave, que gera a necessidade um pedido judicial de recuperação, a empresa recuperandadeverá, "necessariamente", canalizar os seus recursos para o pagamento dos débitos tributários pendentes, em detrimento dos demais, como os destinados aos fornecedores, prestadores de serviços e trabalhadores, sendo esta a única alternativa para obter o deferimento do pedido de recuperação judicial.

Ora, além de atentar contra os próprios princípios norteadores da Lei 11.101/05, a exigibilidade da apresentação da certidão negativa de débitos tributários, como condição para a recuperação judicial, contraria a Constituição Federal que, em seu artigo 170, preconiza à proteção à atividade econômica, ofendendo, ainda, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conforme prega Ricardo Alexandre (2013, pg. 444):

Seria muito difícil, quando não impossível, a uma empresa que passa por dificuldades obter a recuperação judicial, caso fosse necessário o pagamento de todo o seu passivo tributário. Por esse motivo, ao exigir a quitação de todos os tributos, o CTN determinou a observância do art. 151 – que versa sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário – e dos arts. 205 e 206 – que tratam, respectivamente, da certidão negativa e da certidão positiva com efeitos de negativa –, dando a entender que a suspensão da exigibilidade do crédito, com a consequente obtenção de certidão que atesta o fato, é prova de quitação, autorizando o gozo legal da recuperação judicial. Também visando a possibilitar a recuperação da empresa em dificuldades, conforme já estudado, foram previstas regras especiais de parcelamento dos débitos das empresas em recuperação judicial.

Também nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Recuperação Judicial. Certidões negativas de débitos. Exigência para homologação do plano aprovado pelos credores. Descabimento em face da omissão do Poder Executivo que não cuidou de propiciar instrumento normativo que permitisse parcelamento adequado dos débitos fiscais. Dispensa. Recurso provido para esse fim.
(TJ-SP - AI: 2870007420118260000 SP 0287000-

74.2011.8.26.0000, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 07/08/2012, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 08/08/2012)

Atenuando a exigência legal, a Lei 10.522/02, em seu artigo 10-A, inserido pela Lei 13.043/2014, introduziu dispositivo possibilitando o parcelamento dos débitos objeto de execuções fiscais para empresas em recuperação judicial, com a seguinte redação:

O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: (...)

Ainda que tal medida tenha flexibilizado a exigência do pagamento imediato e integral do débito tributário como condição para obtenção da recuperação judicial, não afastou a prevalência do interesse da Fazenda Pública em relação aos objetivos da Lei 11.101/05, dificultando e até impedindo a efetivação destes.

15

A AUSÊNCIA DE SUSPENSIVIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO À EXECUÇÃO FISCAL

O artigo 29 da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF) estabelece que: "a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento", abrangendo também a recuperação judicial.

Da mesma forma, o artigo 6º, §7º da Lei 11.101/2005 dispõe que: "As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica".

Como se depreende, mesmo abstraindo a questão do pagamento ou parcelamento do débito tributário como condição para a obtenção da recuperação judicial, a viabilidade desta também estará sujeita à possibilidade do surgimento de novas execuções fiscais contra a empresa recuperanda, que não serão suspensas.

Com o prosseguimento destas execuções fiscais, o fisco, em tese, poderá lançar mão de medidas expropriatórias em relação ao patrimônio da empresa em recuperação, sendo que sequer estará sujeito ao concurso de credores.

Parece evidente que esta perspectiva jurídica, com total prevalência dos interesses da Fazenda Pública, se constitui em um fator de desestabilização do processo de recuperação judicial, na medida que pode inviabilizá-lo economicamente, com a redução do patrimônio da empresa e a criação de dificuldades para concretização do plano de recuperação.

Sensível a esta problemática, inúmeras decisões judiciais têm se posicionado no sentido de que, apesar do prosseguimento das execuções fiscais com o deferimento da recuperação judicial, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização da empresa somente deverão ser efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ATOS CONSTRITIVOS AO PATRIMÔNIO PRATICADOS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL - PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é do juízo em que se processa a recuperação judicial a competência para promover os atos de execução do patrimônio da empresa, evitando-se, assim, que medidas expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de soerguimento. Precedentes da Segunda Seção. 2. Inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário, ante a simples realização de interpretação sistemática dos dispositivos normativos aplicáveis ao caso concreto. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Conflito de Competência nº 136.584/GO (2014/0267551-7), 2ª Seção do STJ, Rel. Marco Buzzi. j. 25.03.2015, unânime, DJe 31.03.2015).

16

Ao atribuir ao Juízo da recuperação judicial a competência para autorizar a expropriação dos bens da empresa em recuperação, cria-se um modelo que consegue conciliar os objetivos da recuperação judicial com os interesses da Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

A atuação processual da Fazenda Pública visa proteger, na maioria dos casos, o erário público e, em última instância, tutelar o interesse público.

Esta situação peculiar faz com que a Fazenda Pública ostente prerrogativas legais diferenciadas em relação às demais pessoas físicas ou jurídicas, sem que isso se constitua em ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Por sua vez, ao criar o instituto da recuperação judicial, através do advento da Lei 11.101/05, o legislador objetivou (art. 47) "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

A recuperação judicial, dessa maneira, além de atender aos interesses particulares da empresa recuperanda, também protege, por reflexo, o interesse da coletividade.

Entretanto, as amplas prerrogativas de que goza a Fazenda Pública podem implicar em verdadeiras condições limitadoras da recuperação judicial. Desta feita, em razão da elevada importância da recuperação judicial, como meio de soerguimento de empresas em crise, que apresentam grande importância no cenário econômico-financeiro, surgem circunstâncias que se impõem de forma limitadoras das prerrogativas das quais goza o fisco, porquanto incompatíveis com o alcance dos objetivos da recuperação judicial, sobretudo com o cumprimento do plano de recuperação, bem como da própria existência da empresa em recuperação.

A possibilidade do deferimento da recuperação judicial, mesmo sem a comprovação da inexistência de débitos tributários em nome da empresa, ou do parcelamento destes, e o impedimento da expropriação da empresa recuperanda, sem o aval do juízo da recuperação, são exemplos de soluções doutrinárias e jurisprudenciais que conseguem compatibilizar os interesses sociais, aparentemente, em conflito.

Enfim, o que se tem, assim, que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública não são absolutas e devem ser analisadas sob a ótica da harmonização com outras regras legais que, da mesma forma, visam salvaguardar o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”.
Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, De 25 de outubro de 1966.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, De 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 6.830, De 22 de setembro de 1980.

BRASIL. Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falência, revogado pela Lei nº 11.101/05.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de Julho de 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, De 9 de fevereiro de 2005.

BRASIL. TJ-SP, Agravo de Instrumento Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 07/08/2012, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22200148/agravo-de-instrumento-ai-2870007420118260000-sp-0287000-7420118260000-tjsp/inteiro-teor-110573232> > acessado em 30/04/2015.

CATUNDA, Camila Vergueiro. **O processo de recuperação de empresas e o impacto na Execução Fiscal**. Disponível em: http://www.vergueirocatunda.com.br/art_ibet.pdf > acessado em 30/04/2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**, volume 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 6 ed. Presidente Prudente, 2007.

IMHOF, Cristiano. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Interpretada Artigo por Artigo**. 2. ed. Balneário Camboriu: Publicações Oline, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Reuperação de Empresas**, volume 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELO FILHO, João Aurino (coordenador). **Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal**. Editora JusPODIVM.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: completo**. 4. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública**. 2. ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA E A ORDEM CRONOLÓGICA DOS JULGAMENTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Manuella de Oliveira SOARES²

André Murilo Parente NOGUEIRA³

RESUMO

Há muito se comenta acerca da necessidade de adoção de medidas para aumentar a eficiência da prestação jurisdicional como serviço público, garantindo o acesso substancial, não meramente formal, à justiça. Nessa seara, o novo Código de Processo Civil, no Art. 12, estabeleceu a necessidade de observância de uma ordem cronológica de julgamento de processos conclusos para decisão, nas mais diversas esferas do Órgão Jurisdicional, como ferramenta de relevo para que processos não sejam alijados e esquecidos em filas intermináveis, ao bel-prazer do julgador que, sem qualquer critério “escolhe” os feitos a serem decididos. Não se pode negar que esse instituto deve corroborar e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana como sinônimo de acesso material à justiça como ordem jurídica, concretizando direitos e garantias, assim como assegurando a pacificação social indispensável para o Estado Democrático de Direito.

20

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; ordem cronológica de julgamento; prestação jurisdicional.

ABSTRACT

It has long been said about the need to adopt measures to increase the efficiency of adjudication as a public service, ensuring access substantial, not merely formal, justice. In this area, the new Civil Procedure Code, Art. 12, established the need to observe a chronological judgment concluded and processes for decision in the most diverse spheres of the court, as relief tool that processes are not priced out and forgotten in endless queues at the pleasure of the judge who, without any criteria "choose" the deeds to be decided. There is no denying that this institute should confirm and fulfill the principle of human dignity as a synonym for material access to justice and legal system, implementing rights and guarantees, as well as ensuring social peace indispensable for the democratic rule of law.

KEYWORDS: access to justice; chronological order of judgment; adjudication

² Estudante de Pós-graduação na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul.

³ Estudante de Pós-graduação na Instituição Toledo de Ensino – Bauru.

INTRODUÇÃO

Há muito se comenta acerca da necessidade de adoção de posturas, legislativas e executivas, aptas a cumprirem com o mister da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, consoante estabelecido pelos pilares de nosso Estado Democrático de Direito, na forma do Art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição da República, caminho que passa por uma série de ondas renovatórias da ciência processual e, por via de consequência, profundas alterações normativas, constitucionais e infraconstitucionais, tendentes à consecução desse objetivo.

Nessa seara, pertinente se faz que analisemos o monopólio estatal na prestação da tutela jurisdicional como verdadeiro serviço público e, como há de ser num Estado Social, destinatário de uma série de posturas ativas/positivas que consagrem o bem-estar do jurisdicionado; quer-se dizer que o direito de acesso à justiça deve ser encarado como fundamental de segunda dimensão e, nessa perspectiva, deve ser objeto de mecanismos estatais que viabilizem a prestação de um serviço apto a atender os anseios sociais de pacificação do grupo e entrega do sentimento de justiça, indispensáveis para manutenção das estruturas sociais do Estado. Estar-se-á diante de um serviço público estatal que deve ser desempenhado com eficiência e nos moldes dos princípios que orientam as atividades do Estado, como a igualdade e a impessoalidade.

Para concretização desse fim, a busca por uma tutela jurisdicional que garanta o acesso substancial, não meramente formal, à justiça, tem implicado severas discussões na seara do processo civil, cujas quais acabaram por desembocar na elaboração de um novo Código de Processo Civil, isso, é claro, após incontáveis de modificação da legislação processual de 1973.

Dentre as inovações instituídas pela Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, vale trazer à discussão o disposto no Art. 12, do novel Diploma, que estabeleceu a necessidade de observância de uma ordem cronológica de julgamento de processos conclusos para decisão, nas mais diversas esferas do Órgão Jurisdicional, ferramenta de relevo para que processos não sejam alijados e esquecidos em filas intermináveis, ao bel-prazer do julgador que, sem qualquer critério “escolhe” os feitos a serem decididos. Ademais, o novo instrumento consiste em importante avanço na

observância dos preceitos constitucionais de acesso substancial à justiça e de eficiência na prestação de serviços públicos, como o é o serviço jurisdicional.

Entretantes, a salutar introdução no ordenamento processual civil merece algumas reflexões, notadamente, a fim de que seja efetiva e regularmente implantado na senda dos Tribunais, bem como adequadamente aferido pelo jurisdicionado e pelos órgãos de controle do serviço jurisdicional, de modo a se cumprir o fixado pela Constituição Federal.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ACESSO SUBSTANCIAL À JUSTIÇA

Muito se tem escrito e comentado acerca da edição do novel Código de Processo Civil, por vezes, em aspectos altamente otimistas, numa perspectiva quase utópica de que a nova legislação mostrar-se-á como apanágio de um novo tempo onde o processo será célere e efetivo, calçado nas bases de um Estado Democrático onde o acesso substancial à justiça leva em direção à concretização e satisfação dos direitos e, por via de consequência, ao sentimento de justiça e de pacificação social.

Noutra banda, vozes se levantam num viés bastante negativista, apontando diversas passagens dignas de críticas existentes na nova legislação processual, além do manejo indevido do vício, tipicamente pátrio e espúrio, de produzir lei como ferramenta para acertamento de todas as situações, o que, como se percebe pela notória inflação legislativa, não tem gerado resultados necessariamente positivos.

Aliás, muito embora não se referisse diretamente ao novo Código de Processo Civil JJ Calmon de Passos (2012, p. 59) tem pertinentes ensinamentos a respeito dessa volúpia do legislador pátrio:

Precisamos convencer-nos, todos brasileiros, de que Papai Noel não existe, que será inútil colocarmos nossos sapatos na beira da cama ou no peitoril da janela, na esperança de que o bom velhinho coloque neles os mimos que desejamos. Nossos sapatos permanecerão vazios, porque só o nosso empenho, nosso engajamento, nosso trabalho e nossa organização têm condições de produzir os frutos que se farão presentes. Será inútil, portanto, e frustrante, pretendemos que o Direito seja nosso Papai Noel e com suas formulações (palavras, palavras e palavras!) coloque em nossos sapatos os presentes que não pudemos adquirir com nossa luta política.

Certamente precisamos mais do que um novo Código, entretanto, tal situação está posta e nos cabe avaliar seus avanços, retrocessos, divergências sistêmicas, a fim de proporcionar ao novo instrumento legislativo máxima eficácia, de modo a fazer cumprir os primados constitucionais de acesso material à justiça, com entrega de prestação jurisdicional em tempo razoável e com ferramentas que tornem o provimento jurisdicional efetivo, apto a tutelar direitos cada vez mais complexos.

Ao nosso sentir, ambos os aspectos, avanço e desnecessidade do Novo Código de Processo Civil - NCPC, devem ser levados em consideração, existindo pontos relevantes em todos eles, muito embora reconheçamos que há obstáculos maiores que o puramente legislativo para se atingir a almejada prestação jurisdicional que se espera na visão de um direito fundamental de segunda dimensão.

É sabido que a edição da Lei nº 13.105/15 – NCPC, vem encrustada num sentimento reformista do processo civil que há muito se fala e se apresenta, não iremos aqui nos ater a questões históricas que envolvam as fases imanentista ou autonomista/científica do processo, para não nos afastar do objeto do presente estudo, de maneira que, para o proposto, basta lembrarmos da denominada fase instrumentalista do processo.

Tal fase do processo, que começa ganhar corpo, principalmente, na década de 80, fruto do rompimento com o modelo clássico da Escola Paulista, dotada de forte influência de Liebman e do Código Buzaid, de 1973, passa a ter na Ciência Processual Civil o viés de instrumento ou ferramenta eficaz de tutela dos direitos, mediante a melhoria da prestação da tutela jurisdicional. Relativiza-se a forma para consagração de um “processo de resultados” que ofereça solução das crises encontradas no direito material.

Desde então, tem-se atribuído uma nova concepção ao nosso processo civil, inclusive, no Texto Constitucional, no tocante à compreensão da tutela judicial como serviço público e direito fundamental de segunda dimensão, exigindo, pois, do Estado de Bem-Estar, detentor do monopólio jurisdicional, políticas públicas tendentes à assegurar o amplo acesso à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva.

Reformas na legislação processual surgiram a partir desse cenário, aludindo-se

às ondas renovatórias que trouxeram em seu bojo mecanismos como a tutela antecipada, a ação monitória, alteração do regime do recurso de agravo, a arbitragem, os juizados especiais e a ampliação do acesso substancial ao Judiciário, dentre outras. Podemos ventilar, ainda, a modificação do modelo tradicional de caráter eminentemente individual/subjetivista, àquele que contempla a tutela interesses meta-individuais, mediante a prestação da tutela jurisdicional em massa, de nítido condão social, como por exemplo, mandado de segurança coletivo (Art. 5º, inciso LXX, da CF e Lei nº 12.016/09), ação civil pública (Lei nº 7.347/85 e Lei nº 8.078/90).

Neste diapasão, naquele mesmo afã de depositar na legislação, constitucional ou infraconstitucional, a expectativa de um processo efetivo, fora editada a Emenda Constitucional nº 45/04, por vezes, referida como Reforma do Judiciário e ensejadora do 3º Pacto Republicano para melhoria do Judiciário, que positivou o direito fundamental à duração razoável do processo, no inciso LXXVIII ao Art. 5º.

Tal dispositivo constitucional, cumprindo seu primado de ser norma-vetor, orientou diversas reformas infraconstitucionais na primeira década do século, que trouxeram sensível mudança no cotidiano forense e na tramitação dos feitos como a repercussão geral do recurso extraordinário, a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, a alteração do regime de admissibilidade dos recursos, alteração do agravo, a instituição da sentença liminar, o processo digital, a fase de cumprimento de sentença e execução dos títulos executivos extrajudiciais, entre outras.

Não se retira o acerto de muitas dessas modificações – bem verdade que outras não, outrossim, não merecem elogios – contudo, várias dessas alterações, sequer, conseguiram produzir seus efeitos na plenitude e, com poucos anos de vigência e sem qualquer critério de aferição da qualidade da alteração legislativa implantada, já estão com os dias contados com o novo CPC.

Não menos verdadeira é a assertiva de que, não obstante todos os esforços do legislador infraconstitucional, o novel emaranhado de leis processuais modificadoras do Código de Processo Civil de 73, transforma tal diploma em verdadeira “colcha de retalhos”, perdendo, em partes, sua sistematização, ainda assim buscando, mesmo que de forma pouco organizada, aquecer aqueles que precisam de sua guarida, o que, ao menos a princípio, não prejudica a prestação da tutela, do contrário, muitas alterações

apresentam-se como relevantes para incremento do serviço jurisdicional brasileiro.

Novamente, o legislador, nesse caso representado pelo Senado Federal, numa vontade nem sempre presente em legislar, por iniciativa de seu Presidente, Senador José Sarney, pelo Ato nº 379/09, criou uma Comissão de Juristas, presidida pelo, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje, no Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, cuja missão era elaborar, no prazo recorde de 180 dias, um projeto de lei que instituísse o novo CPC, e assim fora redigido o PLS 166/2010, buscando, aos olhos da Comissão, não somente sistematizar nossa legislação processual civil, mas também, incutir no trato do processo uma nova concepção, aquela que se buscou obter com a consagração do princípio da duração razoável do processo e a busca por uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Não se discute o mérito e brilhantismo dos membros da Comissão, composta por processualistas de renome no cenário pátrio e internacional, merecedores da mais alta congratulação, entretantes, ao nosso pensar, o novo CPC não precisava ter se originado de forma tão açodada e com tão poucas discussões – o mínimo esperado em tema tão caro e relevante para construção e fortalecimento de um Estado verdadeiramente Democrático; ainda assim fora aprovado, também muito rapidamente, e remetido à Câmara dos Deputados, onde deu entrada com o nº 8.046/2010.

Na Casa Revisora a velocidade do Senado não se repetiu e o projeto de lei ali permaneceu até final de 2014, quando após aprovação e nova deliberação do Senado por conta das mudanças introduzida pelos Deputados Federais, fora remetido à sanção presidencial (havendo, apenas, pequenos vetos pontuais sem relevo ao presente estudo), editando-se a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, nascedouro do Novo Código de Processo Civil, com 1.072 artigos (alguns introduzindo inovações, outros, retrocessos e, ainda, outros que são, na verdade, mais do mesmo ou “antigas-novidades”).

Temos um novo Código, bem ou mal, contra ou favor sua edição, entendendo ou não como cultura pátria a edição leis para consecução de objetivos que nem sempre dependem, exclusivamente, da legislação, cabe a nós, pois, compreendermos os institutos recém-institucionalizados de modo a proporcionar-lhes máxima eficácia e

fazer com que o resultado seja refletido num processo civil mais tempestivo e efetivo, apto a cumprir com sua missão constitucional de pacificar o meio social com a consagração de direitos e entrega de justiça.

Necessário abordá-lo de forma a instrumentalizar seus mecanismos para que sejam verdadeiros artífices na consecução do escopo de acesso substancial à justiça, como nas palavras de Mauro Cappelletti (1988, p. 9 -161), para quem *“o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e no ensino do processo civil.... É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutivos suficientes para as reformas políticas e sociais”*, das quais carecemos há mais tempo do que um novo CPC.

Nesse paralelo, vale os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos (2013, p. 200-208), que sustenta:

(...) tratando da transformação modernizadora das sociedades modernas aduz que *...são nítidos o privilegiamento das questões normativas e substanciais do direito e a relativa negligência das questões processuais, institucionais e organizacionais’ a ponto de se referir a “chamada crise da administração da justiça, uma crise de cuja persistência somos hoje testemunhas”, [para o que sugere uma] “nova política judiciária”.*

(...) Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática de outros fatores mais importantes.

Pouco mais à frente, cuidando do acesso substancial à justiça, o sociólogo, destaca (SANTOS, 2013, P. 218-222):

A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política...Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito.

(...)as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem contempladas com outros dois tipos de reformas..., a reforma da organização judiciária(...), em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho e com uma nova gestão dos recurso de tempo e de capacidade técnica. Por outro

lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados, sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para democratização da justiça que se pretende(...).Essas fraturas e os conflitos a que elas deram lugar será a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça.

É sabido que o novo CPC, em seu aspecto formal, não constitui, nem ao longe sequer, a ferramenta de salvaguarda da prestação jurisdicional do Estado, entretantes, é igualmente cediço que constitui nova tentativa de, nesses pouco mais de 25 anos de Constituição Federal, se fazer cumprir o primado de entrega de tutela em tempo hábil e de modo efetivo, logo, de satisfazer tal direito fundamental de acesso substancial à justiça, por determinação constitucional estabelecido no Art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, imprescindível para se alcançar um Estado verdadeiramente democrático.

Falta, é certo, uma política pública judiciária eficiente e, dentre os inovadores regramentos do NCPC, temos um que pode ser útil na concretização desse mister, qual seja, a ordem cronológica para julgamento dos feitos postos à apreciação do Órgão Jurisdicional, estatuído pelo Art. 12, consoante o qual, como melhor se explicará nas linhas ulteriores, ter-se-á uma salutar ferramenta de controle, de publicidade, de celeridade e isonomia processual.

Serviço público essencial para pacificação social do grupo com justiça, bem como direito fundamental de segunda dimensão, que exige prestação estatal positiva no sentido de concretização dos direitos lesados ou ameaçados de lesão, levados à apreciação do Órgão Jurisdicional, o processo não pode se dar ao luxo de ficar “esquecido” numa pilha de processos. Eficiência, inclusive, como princípio do direito administrativo e das regras de regência da Administração Pública no sentido mais lato, o que envolve, sem sombra de dúvida, o serviço estatal de entrega da prestação jurisdicional tempestiva e efetiva, de modo a assegurar o acesso material à justiça, tal como esculpido no texto constitucional, em seu Art. 5º, inciso XXXV e LXXVIII.

DA ORDEM CRONOLOGICA DOS JULGAMENTOS

Atualmente a busca de melhor qualidade na prestação jurisdicional, por ser suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa

humana, é um dos principais desafios dos processualistas contemporâneos, já que a efetividade da prestação jurisdicional se caracteriza como um direito fundamental.

A prestação jurisdicional efetiva é proclamada como o mais importante dos direitos, exatamente por construir o Direito e fazer valer os próprios direitos (MARINONI, 2004, p. 184-185).

Nesse diapasão, é que o desejo de uma prestação jurisdicional célere e de qualidade está sendo sempre o norte das discussões entre os processualistas, não só brasileiros, como de todo o mundo. A crítica, na maioria dos países, sempre é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, frente a demora na prestação do serviço público.

Nesse cenário, tanto o Brasil como vários outros países vêm enfrentando inúmeras reformas legislativas processualistas para o fim de aprimorar a prestação jurisdicional, em especial no que se refere a sua rapidez e efetiva da tutela – muitos, inclusive, apontam para ondas renovatórias do processo civil.

Na Itália, o Código de Processo Civil sofreu várias alterações nos últimos tempos, embora o relator do último projeto advertiu que as simples alterações legislativas, por si só jamais terão força para combater a crônica ineficiência dos serviços judiciários, cujas raízes são mais profundas e ultrapassam, amplamente, o mero esquema procedimental. Qualquer reforma da lei processual, segundo o jurista italiano Tarzia (1996, p. 54) será impotente para desatramancar a prestação jurisdicional, “se non accompagnata da profonderiformedistruttura, cheattengonoall’ordinamentogiudiziario, all’organico dei giudici, al personaleausiliario, aglistrumentimaterialichecostituiscono l’indispensabile supporto per l’esercizio dellagiurisdizione”.

A França também enfrenta o mesmo problema: deficiência ao acesso à justiça como sinônimo de prestação jurisdicional justa e célere. Roger Perrot (1989, p. 161-168) afirma que embora tenham ocorrido inúmeras reformas processuais, ainda continua a existir um descompasso entre a demanda e a oferta dos serviços judiciários, frustrando a garantia constitucional de acesso à justiça.

Perrot defende que, em nossos tempos, a angústia da sociedade diante da demora da prestação jurisdicional tornou-se mais intensa, não só pelo estímulo constitucional de acesso à justiça, mas também e principalmente sobre a nova qualidade dos litígios, que não se restringem, como outrora, ao direito de propriedade e de sucessão (questões que naturalmente exigiam ou toleravam processos lentos e complexos); hoje predominam as questões de massa e de interesses imediatos da pessoa, como as derivadas do direito de família, de locação, de indenização, etc, cuja solução não pode demorar, obviamente.

No mesmo cenário encontra-se a Alemanha que tem uma sobrecarga crescente de processos (HEYDE, 1996, p. 819).

Não diferentemente do que vem ocorrendo no cenário internacional, não há dúvida de que a prestação jurisdicional, atualmente, em especial no Brasil, está precária. A atividade jurisdicional é um serviço público indelegável, prestada pelo Estado-Juiz, detentor desse monopólio, visando estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador.

Diante disso, a atividade jurisdicional é desenvolvida na condição de função estatal de grau essencial, não diferenciando da executiva: em qualquer ângulo que seja analisada, cumpre-lhe aplicar a lei, o direito, ao caso concreto.

Nesse diapasão, a prestação jurisdicional tem que respeitar o princípio da generalidade, que tem duas facetas: a primeira é que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível e deve beneficiar o maior número de indivíduos. A outra é que devem ser prestados de forma igualitária, sem nenhuma discriminação, tratando-se do princípio da impessoalidade.

Além disso, deve-se pautar pelo princípio da eficiência, já que o Poder Público deve se atualizar com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio.

É tanta a necessidade de que a administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, que a EC n. 19/98 incluiu no artigo 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos (CARVALHO FILHO, 2012, p. 336).

No mesmo sentido:

O princípio da eficiência (...) é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais para a satisfação do bem comum (MORAES, 2012, p. 348).

Mas o que se percebe atualmente é que uma prestação ineficiente e inadequada, pautada pela morosidade da justiça, que é um problema complexo. Além das causas internas que contribuem para a morosidade, também pode-se falar nas externas. Todas contribuem para o problema. A mudança de cultura e o reconhecimento que a própria instituição pode promover a reforma da Justiça são as primeiras e imprescindíveis providências. O incentivo à criatividade e à inovação é o caminho a ser trilhado. Cabe em especial aos juízes assumir o papel de liderar o processo de mudança, agilizando a prestação jurisdicional, afim de que a mesma se torne efetiva.

A morosidade não é fato novo e inesperado. É produto de um Judiciário que tem uma estrutura orgânico-administrativa anacrônica e regulamentada por procedimentos que não acompanharam as mudanças havidas na sociedade. E toda essa falta de estrutura, agilidade e eficiência na prestação jurisdicional faz com que o processo deixe de ser efetivo.

O direito fundamental à efetividade do processo - que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASCKI, 1994, p. 291-296).

Analisando sob essa ótica, o Estado apresenta elevado grau de ineficiência em relação à prestação jurisdicional, muito embora o cidadão tenha direito a uma prestação mais eficiente e elaborada, pois a seu turno paga seus impostos e cumpre seus deveres.

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 melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelera-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (MOREIRA, 2000, p. 120).

A tutela jurisdicional é um direito fundamental de segunda dimensão e é preciso assegurar sua eficácia, sob pena de se desrespeitar a própria dignidade humana. E a jurisdição só será efetiva quando tiver a seu dispor meios adequados para obtenção de um resultado útil e suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo direito material (MIRANDA NETTO, 2008, p. 188).

Nesse cenário, há uma preocupação mundial entre os processualistas quanto a qualidade da prestação jurisdicional e sua eficácia, que está sendo comprometida, entre outros fatores, pela demora na decisão que é causada por inúmeros fatores.

Tanto nos países europeus como aqui no Brasil se defende que o simples aumento do número de juízes não seria suficiente para a solução do problema.

Moniz Aragão (1999, p. 155) é um daqueles que não veem no aumento do número de juízes a “solução para o crescimento do volume de litígios”. Seu posicionamento encontra respaldo nas ideias, entre outros, de Gerhard Walter (1998, p. 36).

Além do aumento de juízes e serventuários da justiça, há necessidade de uma reforma significativa no procedimento, onde se consiga conciliar uma prestação jurisdicional que se respeita todos os princípios constitucionais com a rapidez, formando o binômio rapidez e eficácia. Só assim, estar-se-á falando em acesso à justiça como sinônimo de ordem jurídica justa, como defendia há tempos Capeletti (1988).

Nesse diapasão, tentando minimizar o problema da demora da prestação

jurisdicional é que o novo Código de Processo Civil traz em seu bojo o Artigo 12 que preleciona, *in verbis*:

Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

A intenção do legislador foi materializar a isonomia processual, evitando-se tratamentos diferenciados e injustificados entre os processos que tramitam no mesmo juízo.

O que se nota atualmente é que alguns processos são julgados antes dos outros, embora tenham sido conclusos para decisão muito tempo depois, por motivos absolutamente alheios à solução do conflito posto em juízo ou, por vezes, em

decorrência de mera álea. Enquanto uns processos são propostos, instruídos e julgados em um ano, outros levam décadas para obtenção de um provimento jurisdicional definitivo. Percebe-se que aqueles processos que merecem um estudo mais aprofundado e maior reflexão, ou aqueles que envolvem direitos difusos e coletivos, os quais geralmente são maiores e mais truncados, são esquecidos pelos magistrados, levando anos até a sua decisão final, isso quer nas instâncias mais ordinárias quer nas mais elevadas no Poder Judiciário.

A parte que espera de maneira impotente por anos, sente-se desprestigiada por tratamento tão diferente, o que lhe dá a sensação de injustiça, mesmo quando sai vitoriosa na demanda.

Criar formas para que haja respeito à ordem cronológica de ajuizamento dos processos em relação ao seu andamento amplia o alcance do princípio da igualdade, mesmo sendo esta uma função relativamente simples de ser executada em uma ferramenta para o armazenamento ou para a automação de processos eletrônicos (KRAMMES, 2010, p. 29).

33

Assim, tentando resolver essa celeuma, é que o legislador criou o Artigo 12 no novo Código de Processo Civil, um instituto inovador, que, a par da ausência de grandes reflexões por parte da doutrina, merece algumas abordagens a fim de melhor esclarecê-lo, bem como a evidenciar possíveis zonas de tensão com o sistema processual.

DA ISONOMIA PROCESSUAL E IMPESSOALIDADE

Consagrado na Constituição Federal, em seu Art. 5º, *caput*, onde aduz que "todos são iguais perante a lei", este princípio está intimamente ligado à ideia de um processo justo, eis que deve existir tanto um tratamento igual entre as partes no que concerne às condições e armas a serem usadas no processo, como igualdade de tratamento entre todos os processos que tramitam no mesmo órgão jurisdicional.

O princípio da igualdade domina todo o processo civil e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes da lide possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus

e deveres (COUTURE *apud* THEODORO JÚNIOR, 1981, p. 182).

Como o princípio da igualdade processual também se refere ao tratamento isonômico entre processos que tramitam no mesmo juízo, o mesmo está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade da administração pública.

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na prestação de serviço público, impedito discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares, no exercício da função Administrativa. Dessa forma, o reflexo de tal primado na seara processual, implica em estabelecer que não se pode admitir que determinados processos tenham tratamento diferenciado ou privilegiado, com andamento e decisões mais céleres.

Destarte, o legislador fez previsão no *caput* do Artigo 12 do novo Código Processo Civil que todos os juízes e tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Tal previsão objetiva que nenhum processo seja preterido em razão de outro, posto a salvo casos excepcionais que a seguir serão abordados, todos contempladores da isonomia material e não puramente formal (os casos elencados de forma diferenciada e alheios à lista cronológica de julgamento assim o são por força da natureza da demanda envolvida, quer-se dizer, o legislador dispensou tratamento específico para casos, cuja a especificidade, assim recomenda, tratou desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade para impor ferramentas de igualação).

O instituto do julgamento cronológico dos processos evita que alguns processos sejam julgados antes de outros que estão conclusos para decisão há mais tempo, quer pela importância da parte, que pelo prestígio do advogado, quer por força maior, quer por fator decorrente de mera sorte ou burocracia interna de juízos, varas, secretarias e cartórios judiciais, quer simplesmente pela simplicidade da decisão. Não é raro que os processos que demandam maior aprofundamento e reflexão por parte do julgador sejam atropelados pelos que tem questões mais simples.

Em relação a isonomia, no entanto, a mesma não deve ser observada de forma absoluta, já que muitas vezes dar um tratamento absolutamente uniforme à causas diferentes significaria violar a isonomia assegurada constitucionalmente.

Por isso que o direito ao tratamento isonômico também compreende o direito

de ser considerado de modo particular, ou o reconhecimento do direito à diferença. Viola-se o princípio da isonomia, assim, ao se pretender dar tratamento isonômico a quem esteja em situação diferente.

O tratamento igual que deve ser dispensado às partes deve respeitar a máxima deigualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, pois caso contrário não há que se falar em justiça.

A isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à ideia de processo justo – isto é, de devido processo legal –, eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos. Por essa razão, aliás, dispõe o artigo 125, I, do CPC, que é dever do juiz assegurar às partes um tratamento isonômico. Não se pode ver, porém, neste princípio da igualdade uma garantia meramente formal. A falsa ideia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial. Assim é que, mais do que nunca, deve-se obedecer aqui à regra que determina tratamento igual às pessoas iguais, e tratamento desigual às pessoas desiguais (CÂMARA, 2003, p. 40).

35

Nesse diapasão é que, especialmente o § 2º, do Artigo do novo Código de Processo Civil prevê algumas exceções a regra do *caput*. O § 2º preleciona que não obedecerão a regra do *caput* as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; as decisões proferidas com base nos Arts. 485 e 932; o julgamento de embargos de declaração; o julgamento de agravo interno; as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça; os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal; e a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

O que se percebe, analisando as exceções criadas pelo legislador, é que, em regra, as situações teoricamente mais simples, que demandam menos dedicação do magistrado, não precisam obedecer a ordem cronológica dos julgamentos.

A reflexão que se deve fazer é se tais exceções não permitirão que o magistrado, numa interpretação analógica, deixe de obedecer a ordem cronológica de julgamento de todos os processos que demandem menor estudo e reflexão.

Não há dúvida de que a intenção do legislador foi evitar que decisões simples demorassem para serem proferidas em razão de sua espera na fila do julgamento. Nessa seara, o magistrado, nos processos que entendesse que a decisão não merece grandes estudos, também poderia desprezar a ordem cronológica das conclusões dos processos para sentença.

Cumprirá ao juiz explicar, assim, que em determinados casos, considerados mais simples, a decisão deve ser tomada com mais rapidez, sendo injustificável que a decisão a ser proferida aguarde a resolução de caso mais complexo, no qual a confecção da sentença tomará muito mais tempo. O mesmo pode suceder quando um recurso versar sobre tema de manifesto interesse público, por exemplo.(MEDINA, 2015)

Portanto, há grande possibilidade de não aplicação do *caput* do Artigo 12 do novo Código de Processo Civil sempre que o magistrado entender, justificadamente, que a solução do caso não demanda grande aprofundamento e reflexão, o que desvirtuaria a intenção do legislador.

DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O Artigo 12 do novo Código de Processo Civil também abarcou o princípio da publicidade da administração pública ao prever que deve ser elaborada uma lista onde conste a ordem cronológica dos processos, que deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

O princípio da publicidade é um vetor da Administração Pública, e diz respeito à obrigação de dar publicidade, levar ao conhecimento de todos os seus atos, contratos ou instrumentos jurídicos como um todo. Isso dá transparência e confere a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa que deve representar o interesse público, não se justificando o sigilo, o que, a partir do novel instituto, também poderá ser viabilizado na seara processual, no tocante ao acompanhamento da ordem cronológica de julgamento (muito embora tal princípio já

estivesse previsto no Código de Processo Civil de 1973, em seu Art. 155, no tocante ao acompanhamento de atos do processo, tal perspectiva não se vislumbrava quanto a atividade de judicatura do magistrado).

“A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes e como garantia de informação”(MARINELA, 2014, p. 41).

Assim, as partes podem acompanhar a ordem dos julgamentos e fiscaliza-la. A dúvida que fica ao analisar o § 1º do Artigo 12 do novo Código de Processo Civil é a seguinte: e se a ordem cronológica de conclusão que consta na lista publicada não for respeitada, qual será a consequência?

O legislador não previu nenhum tipo de consequência e, tampouco, algum tipo de recurso para o caso concreto. Assim, parece-nos que a única alternativa cabível seria apenas uma reclamação para a corregedoria do respectivo Tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça, como órgão constitucional responsável pelo controle da atuação administrativa e financeiro do Judiciário pátrio.

Uma sanção para as partes do outro processo que tiveram o julgamento antecipado não se pode aplicar. Recurso também resta incabível, já que não se encaixaria em nenhuma hipótese legal recursal. Situação complicada para as partes e advogados que se virem diante dessa situação.

De qualquer forma, a publicação na internet da ordem em que se encontra o processo para julgamento dá mais credibilidade ao juízo e transparência. O advogado passa a ter uma noção de quando será sentenciado seu processo.

O interessante é que o § 3º do mesmo Artigo acabou prevendo a elaboração de duas listas com a ordem cronológica de julgamento dos processos. Uma com os processos que têm preferência legal, outra com aqueles que não a possuem.

Como alguns processos terão preferência de julgamento que outros, não poderão compor a mesma lista dos demais. Todavia, como são muitos os processos que têm preferência legal de julgamento, há necessidade de existir também uma ordem para o julgamento também nesses casos.

Parece-nos que a publicação dessas listas dará maior transparência ao Juízo,

admitindo que as partes e seus advogados controlem seus processos e tenham condições de verificar o tempo que os processos ainda levarão para serem julgados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil tem sido, por muitos, considerado como uma imprescindível ferramenta para consecução dos objetivos estabelecidos pelo Texto Constitucional, no que concerne à obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável.

Não obstante ressalvas possam ser levantadas em face do novel instrumento legislativo, é cediço que avanços podem ser experimentados, a partir da concretização de algumas disposições ali estabelecidas que, ao nosso sentir, podem contribuir para assegurar o acesso substancial à justiça, verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão posto à disposição do jurisdicionado.

Dentre tais estipulações, não há dúvida de que o Artigo 12, do novo Código de Processo Civil cuida-se de louvável tentativa de se afastar injustiças que vêm ocorrendo em relação aos processos que estão sendo esquecidos na fila de conclusão para sentença ou acórdão. Resta-nos saber se tal instituto realmente terá potencial para aprimorar a prestação jurisdicional, tornando-a mais célere.

A sua aplicação e eficácia dependerá de como os magistrados farão uso do instituto e administrarão as listas com a ordem cronológica de conclusão dos processos.

A preocupação é que tal instituto pode retirar a autonomia da unidade judicial, à luz das particularidades locais, para melhor forma de atender os processos em andamento. Também há possibilidade de haver um engessamento em relação a alguma eventual inovação de gestão aplicada à administração judiciária que possa vir a existir.

Não se pode olvidar que as regras processuais devem ser interpretadas de modo que delas se extraia o máximo rendimento, devendo ser rejeitadas todas as interpretações que conduzam a soluções contrárias, o que acarretaria na não realização daquilo a que a lei deve servir.

Além disso, não se pode negar que todos esses institutos criados pela lei

devem corroborar e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana como sinônimo de acesso material à justiça como ordem jurídica, concretizando direitos e garantias, assim como assegurando a pacificação social indispensável para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, v.1.
- CAPPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- HEYDE, W. **La Jurisdicción**, in Manual de Derecho Constitucional. In: BENDA et al, Madrid: Marcial PonsEdiciones, 1996.
- KRAMMES, A. G. **Workflow em Processos Judiciais Eletrônicos**. São Paulo: LTr, 2010, p. 29)
- MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niteroi: Impetus, 2014
- MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 184-185.
- MEDINA, J. M. G. **No novo CPC, a ordem cronológica de julgamentos não é inflexível**. Revista eletrônica Conjur. 09 de fevereiro de 2015. Disponivelem :<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/processo-cpc-ordem-cronologica-julgamentos-nao-inflexivel>>. Acesso em 08 jun 2015.
- MIRANDA NETTO, F. G. Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo. **Revista de Processo**. São Paulo, n.165, p. 180-200, 2008
- MONIZ DE ARAGÃO. As tendências do processo civil contemporâneo. **Gênesis - Revista de Direito Processual Civil**, v. 11, jan-março/99, p. 155.
- MORAES, A. **Direito constitucional**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2012.
- MOREIRA, J. C. B. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 352, p. 118-142, out/dez. 2000.
- PASSOS, J.J. C. P. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador:

Jus Podium, 2012.

PERROT, R. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. de Barbosa Moreira, Rev. Forense, v. 342, p. 161-168.

SANTOS, B. S. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

TARZIA, G. **Lineamenti del nuovo processo dicognizione**. Milano: Giuffrè, 1996, n.º 10, p. 54.

THEODORO JÚNIOR, H. Princípios gerais de direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 23, ano 6, p.180-199, 1981.

WALTER, G. **Cinquantaannidistudi sul processo civile in Germania: dal costrutivismo all'aperturainternazionale**, 1998, p. 36

ZAVASCKI, T. A. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr/jun.1994

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA FORMA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PODER DE VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Fernando Rodrigues de ALMEIDA⁴

Giovane Moraes PORTO⁵

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a legitimação da forma jurídica e suas consequências no Estado Democrático de Direito, tendo como referencial teórico o filósofo Michel Foucault. Assim, o objetivo desta pesquisa é desconstruir a crença na ideia de que o discurso racional utilizado para legitimar uma decisão judicial que garante a concretização da justiça e dos interesses da vontade geral, e demonstrar que este discurso racional é uma relação de poder-saber que apenas mascara a relação de dominação pelo poder de violência simbólica. Será usada a pesquisa doutrinária, principalmente no que concerne nas construções teóricas do filósofo Michel Foucault. É esperado chamar atenção dos juristas para o fato de que legitimando a forma jurídica, está legitimando as relações de dominação, o poder sobre os corpos e sobre a vida e a morte dos sujeitos de direito, e que os discursos racionais utilizados apenas mascaram este poder com o fim de tornar a sociedade um corpo social dócil.

41

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade; Forma jurídica; Michel Foucault; Ciências Humanas; Controle social.

ABSTRACT

This research aims to analyze the legitimacy of the legal form and its consequences in a democratic state, with the theoretical from Michel Foucault. The objective of this research is to deconstruct the belief in the idea that rational discourse used to legitimize a court decision to ensures the realization of justice and the interests of the general will, and demonstrate that this rational discourse is a relationship of power-knowledge that only mask the relationship of domination by the symbolic-power of violence. The doctrinal research, especially regarding the theoretical constructions by Michel Foucault. It is expected to draw attention of lawyers to the fact that legitimizing the legal form, is legitimizing the relations of domination, power over the bodies and the life and death of the persons, and that rational discourse used only mask this power in order to make the company a docile social body.

KEYWORDS: Legitimacy; Legal form; Michel Foucault; Human Sciences; Social control.

⁴

Estudante de Pós-graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília.

⁵

Estudante de Pós-graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília.

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido, porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica contemporânea é a busca por razões que venham a legitimar o Direito, ou seja, a fundamentar e justificar a forma jurídica, para que haja a maior aceitação dos jurisdicionados e eficiência no controle social.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará a legitimação da forma jurídica ao longo da história humana ocidental. Após, pretende-se desconstruir a crença na legitimidade da forma jurídica e na eficiência da ordem, a fim de demonstrar a real finalidade da forma jurídica, qual seja, a de produzir corpos dóceis a fim de manter o *status quo*.

Ao final, busca-se demonstrar que independente do discurso racional – do argumento das ciências humanas – utilizado para legitimar o Direito a consequência será sempre a mesma, a de que se estará legitimando as relações de dominações sobre os sujeitos de direitos, seja em uma monarquia absolutista ou em uma democracia liberal.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a legitimação da forma jurídica e suas consequências. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

LEGITIMAÇÃO DA FORMA JURÍDICA: CONTEXTO HISTÓRICO

Durante toda a história da humanidade ocidental se fez necessária a legitimação, por meio das ciências humanas, da forma-direito, ou do conceito foucaultiano de “forma jurídica” para que houvesse o controle de comportamento dos indivíduos que estivessem na condição de sujeitos de direitos de uma determinada localidade, com o escopo de tornar possível a vida em sociedade de forma pacífica e segura, e decidir sobre os conflitos de interesses entre os indivíduos.

Em cada época a legitimidade foi justificada de uma maneira diferente, mas todas buscavam o controle sobre o corpo do indivíduo, por meio de uma relação de

dominação, de disciplina, de sujeição, para que obrigassem os indivíduos a agirem de uma determinada maneira e caso não agissem, o soberano podia utilizar da violência institucionalizada para fazer valer suas prescrições caso não cumprissem o que o Estado regulamentou, seja de forma abstrata (lei, súmulas, portarias, etc.) ou de forma concreta (decisão judicial) há a consequência do descumprimento, que é uma forma de sanção legitimada, prevista pela forma jurídica.

No presente capítulo analisaremos a legitimação da forma jurídica em cinco períodos históricos: Antiguidade greco-romana; Idade Média; Renascimento; Positivismo e; “Pós-positivismo”.

Na Antiguidade greco-romana as ciências humanas, justificavam a necessidade de uma forma jurídica com base em um caráter metafísico da natureza, “na Antiguidade Clássica, o direito (jus) era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência” (FERRAZ Jr. 2001, p. 71). Para a antiguidade a vida em sociedade era algo natural, e a forma-direito deveria se pautar na ética, na prudência, o que justificava a presença do Estado era a natureza social do homem e a necessidade de garantir a ética nas relações sociais.

Por sua vez, na Idade Média a legitimação se dava com base em um caráter divino, “com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica” (FERRAZ Jr. 2001, p. 72). Portanto, permanece o caráter metafísico de justificar a forma-direito, mantém o caráter sagrado, mas passa se uma justificação com base na natureza para a justificação com base em uma entidade divina, com forte influência dos dogmas da igreja católica.

Já no Renascimento, com base nos filósofos iluministas e contratualistas como Locke, Hobbes e Rousseau, era a razão que legitimava a forma jurídica, há um processo de dessacralização da forma jurídica, mas ainda mantém o caráter metafísico. As regras da convivência neste período só serão legítimas se construídas de forma racional e preferencialmente supranacional, capaz de operar em todas as circunstâncias. (FERRAZ Jr. 2001, p. 72).

O positivismo, escola do Direito do início do século XIX, rompe com a

legitimação metafísica dos três períodos anteriores (Antiguidade greco-romana; Idade Média e; Renascimento), pois o que irá legitimar as regras de convivência será a autoridade formal, continuando a noção de contrato social dos filósofos iluministas, mas o que legitima agora é o fato de a forma-direito ser posto pela entidade que possuía tal competência, por exemplo, uma lei promulgada pelo legislativo só será legítima, se houver uma norma anterior que atribua poder ao legislativo para promulgar lei, neste momento legalidade e legitimidade se confundem.

Atualmente, se fala em “pós-positivismo”, onde não mais se tem que legitimar apenas a forma jurídica, mas também cada decisão proferida pelo Poder Judiciário. Retoma a questão da racionalidade do Renascimento, pois uma decisão jurídica só será legítima se for devidamente justificada de forma racional, por meio das construções teóricas predominantes na Hermenêutica e na Teoria da Argumentação. No ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de justificar as decisões judiciais é um imperativo constitucional, previsto no artigo 93, IX da CRFB de 1988, e o novo Código de Processo Civil em seu artigo 489 reafirma este imperativo e estabelece os elementos necessários para que uma decisão seja considerada como devidamente fundamentada.

Sendo assim, o controle da atividade judicial e sua legitimação se dá por meio da fundamentação, portanto o juiz não mais pode justificar suas decisões exclusivamente em sua autoridade, como era no positivismo, é necessária uma fundamentação racional. O que passa a justificar a decisão é a “ratio” e não mais a “auctoritas”. Este imperativo constitucional tem como finalidade evitar decisões arbitrárias e ter maior aceitação por parte da sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito a decisão judicial não pode ficar a mercê da vontade do magistrado, de sua consciência por mera arbitragem como era feito na Roma antiga em que as partes se submetiam a decisão autoritária do *Judex*, que não necessitava de fundamentação, pois se isto ocorrer não haverá a aceitação desta decisão por parte da sociedade e conseqüentemente sua imposição de conduta não será respeitada. Há também o problema em como se dá esta fundamentação, pois muitas vezes o julgador utiliza de “álibis persuasivos” e da textura aberta da linguagem para justificar suas decisões, e estes mecanismo permite justificar

entendimentos completamente opostos com base no mesmo texto normativo e o próprio ordenamento jurídico permite esta prática devido aos textos normativos que possuem molduras semânticas ou quadros interpretativos, muito amplo.

Porém, não podemos confundir arbitrariedade com discricionariedade, no positivismo o julgador podia decidir de forma discricionária, não precisava justificar sua decisão, o mero fato de sua autoridade já justificava sua decisão, mas o julgador tinha que atribuir um sentido ao texto normativo dentro do quadro semântico, esta atribuição, porém, era arbitrária, pois se considerava um mero ato de escolha que o julgador tinha liberdade para realizar.

No “pós-positivismo”, ou o que passaremos a chamar a partir de agora de “positivismo pós-hartiano”, o julgador pode decidir de forma discricionária, ou seja, dentro dos limites previstos pela forma-direito e pelos fatos do caso concreto (dados da realidade), contudo a discricionariedade que possui o julgador é muito ampla, devido, ao que dissemos anteriormente, a textura aberta da linguagem que permite atribuições distintas, e até mesmo opostas, sobre um mesmo texto, um mesmo aglomerado de signos, portanto o que chamamos de “álbis persuasivos”. Mas, a atribuição de sentido dentro do quadro semântico não é mais um mero ato de escolha, o julgador deve justificar racionalmente sua atribuição de sentido, e com a técnica dos precedentes judiciais o julgador além de justificar sua atribuição de sentido, se houver uma decisão anterior contrária em um caso semelhante, deve ainda superar argumentativamente o entendimento anterior.

No ordenamento brasileiro podemos constatar esta permissão de uma decisão subjetiva e discricionária nos moldes do Positivismo pelo “livre convencimento motivado” e pela “livre apreciação da prova pelo magistrado”. Está decisão subjetiva e discricionária se dá, principalmente, quando o julgador aplica de forma direta os princípios constitucionais, pois geralmente possuem um quadro interpretativo muito amplo, por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que seria “dignidade da pessoa humana”? Podemos atribuir uma infinidade de significados a este texto.

Ainda assim, no positivismo pós-hartiano não apenas a decisão judicial tem que ser justificada, como também a forma-direito abstrata, pois o Direito é um saber

argumentativo, se constrói pela fundamentação, pelo diálogo, pelo discurso, não pela vontade de um soberano. Para os positivistas o Direito é posto por uma autoridade, portanto um ato de vontade, mas após o *linguistturn* este direito autoritário não possui uma validade material, a referida validade se daria por meio da esfera pública, pois o diálogo intersubjetivo resulta em um conteúdo válido. O Direito é uma “criação” da sociedade, logo só será legítimo se provindo desta.

A formação do direito legítimo [...] se dá com a participação, na formação do direito, de todos os concernidos, ou seja, de todos os cidadãos que podem reivindicar direitos a partir das tematizações feitas dentro da esfera pública política, através do princípio da democracia, do princípio do discurso que sustenta a forma jurídica. (RAMIRO *in* HERRERA; BAIIO, 2012, p. 112).

Nas decisões judiciais onde o julgador utiliza de álibis persuasivos é como se, ao formular a decisão, todos os códigos, livros doutrinários fossem revogados, prevalecendo a consciência do julgador. O paradigma é o do livro *O Processo* do Kafka.

46

Entretanto, toda esta construção teórica com a finalidade de legitimar a forma jurídica, considerar uma decisão legítima ou não, apenas mascara a relação de dominação, a violência mítica que mantém o *status quo*. Independente do elemento utilizado para legitimar a forma jurídica ela sempre será – voltamos ao Kant – Heteronomia.

VIOLÊNCIA E RACIONALIDADE

A racionalidade utilizada para legitimar a forma jurídica no Estado Democrático de Direito é uma imposição de uma ideologia – seja dentro ou fora da forma jurídica –, para legitimar uma decisão judicial, para determinar quais os padrões que deverão ser seguidos pela sociedade, sempre será um ato de violência, um poder de violência simbólica. A imposição de uma conduta a ser seguida, sempre será heteronomia, portanto, uma violência, mesmo que legitimada por uma racionalidade.

A violência simbólica é forma de integração entre o conceito racionalmente definido e a estabilidade do poder sobre a vitória sobre tal conceito, isso significa

dizer que a racionalidade de um conceito ideologicamente apreendido não define, por si, a demarcação estrutural do ambiente de poder. O poder necessita de legitimação, isso significa dizer que a verdade que vence em uma arena de batalhas de poder necessita da violência para se definir como juízo de valor universal – universal no sentido do território do poder – o mundo do dever-ser é alcançado pela verdade racionalmente apreendida.

É importante categorizar a racionalidade como fundamento para o conhecimento e, este, como objeto de utilização por meio da interpretação, nesse sentido “o conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, a batalha de poder, o resultado do combate e conseqüentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento. O conhecimento não é instintivo, é contra-instintivo, assim como ele não é natural, é contra-natural”(FOUCAULT, 2003, p17).

De fato, tal sistematização do conhecimento, tomaria a experiência kantiniana separadamente com as condições que dão origem ao conhecimento (KANT, 2009, p. 13). Isso significa dizer que o conhecimento derivado da experiência se separaria nos sentidos, em parte pela produção das representações em si mesmas e em outra no movimento cognitivo, não na forma uma descrita na razão pura. Tal movimento cognitivo teria expressões idealistas que produzirão a consciência enquanto a representação dos objetos se daria pelos conceitos sociais pré-construídos e convencionados pelos sujeitos detentores do conhecimento.

A ideologia em geral deve ser relacionada a um fenômeno puramente de conhecimento do sujeito. Pensar na categorização dos objetos analisados pelo sujeito como formas ideológicas, seria impor a própria linguagem um significado de construção de poder, porém este não é o objetivo, a construção do ser pelo método ideológico se dá internamente pelo próprio ser que, influencia outros seres pelo método discursivo, porém sem interferência fora do conhecimento intersubjetivo.

Portanto, o conceito de *ideologia* em geral aparece, muito especificamente, como um modo de designar, dentro do marxismo-leninismo, o fato de as relação de produção serem relações entre os “homens”, *no sentido de não serem relações entre coisas, máquinas, animais não humanos ou anjos; nesse sentido*, e apenas nesse sentido; isto é, sem introduzir ao

mesmo tempo, sub-repticamente, uma certa noção do “homem” como antinatureza, transcendência, sujeito da história, navegação da negação, etc. (PÊCHEUX in ŽIŽEK, 1996, p.148).

A intenção é justamente a observação humana como sujeito-ideológico presente na natureza e integrante a ela. A ideologia deve ser vista como um sistema autônomo intrínseco ao próprio sujeito mas que o define e o reproduz conceitualmente em seu caráter de sujeito social ou individual.

Ora, observamos, portanto a necessidade de interpelação do sujeito, para que este seja observado em um estado de consciência. Logo, a construção da categoria sujeitos, sobre o corpo, define-se por um método ideológico de apreensão do indivíduo e o tornando sujeito.

A existência do sujeito, sobre o indivíduo, é dada a partir de uma consciência de existência, que interpela o corpo a fim de torna-lo suporte ideológico quanto sua própria formação. O “sujeito é chamado a existir: de fato, a formulação evita cuidadosamente pressupor a existência do sujeito em quem se realiza a operação da interpelação: ela não diz que ‘o sujeito é interpelado pela ideologia’” (PÊCHEUX in ŽIŽEK, 1996, p.149)

O método de construção do conceito de estabilidade de poder. A ideologia, sobre o próprio corpo, para que este se entenda como sujeito em um quadro semântico apreendido é necessário de modo a ser entendido como original que o sujeito, como fórmula dada, é objeto de uma racionalidade universal, porém a carga ideológica no sujeito o coloca como um juízo de valor, ou seja, o conceito sobre o corpo repousa em um estado de dever ser kantiano.

Veja-se que a conceituação sobre o corpo sofre delimitações quanto sua existência, o sujeito deve ser submetido a um pressuposto de legitimidade, no caso sua função como sujeito de direito, o que significa dizer que o sujeito interpelado pela carga ideológica, por si, tem um quadro normativo que garante sua aceitação ideológica.

O sujeito, reconhecido como corpo legítimo em uma coletividade de determinado limite territorial apresenta-se de forma jurídico-política, ou seja, sob um

égide de um Soberano, com direitos garantidos por deveres a serem cumpridos.

É o sujeito jurídico, segundo a teoria tradicional, quem é o sujeito de um dever jurídico ou de uma pretensão ou titularidade jurídica (*Berechtigung*). Se por titularidade jurídica se entende não o simples direito reflexo – co-implicado num dever jurídico –, mas o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação ao não-cumprimento do dever e se tem em conta que os sujeitos de um poder jurídico, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não-cumprimento do dever. (KELSEN, 1999, p. 188)

Nesse sentido, observa-se que o sujeito de direito pode ser confundido com a pessoa física, o que legitima o sujeito é seu caráter normativo que o define como sujeito de deveres. Nesse ponto observa-se a categorização do sujeito como politização do corpo. A carga ideológica sobre o corpo tem sua função primária de apreender o sujeito pelo juízo de valor (dever ser) aplicado ao objeto determinado – no caso, o corpo – e, ao mesmo tempo, necessita da estabilidade de conservação de tal conceito como garantia da ideologia predefinida, aqui, pela legitimação violenta, pela força normativa.

Em outras palavras, a condição humana depende da apreensão do corpo como consciência de sua existência construída como se fosse originária, de forma que, a legitimação dessa ideologia necessita de força, no caso, normativa. O que significa dizer que homem é apenas um conjunto de normas que o definem como sujeito de direito. Fora de tal quadro normativo o que resta é a fragilidade ideológica que, pode ser desconstruída por mera força discursiva, o que leva o conceito construído a mero corpo, que não tem valor em relação ao soberano, uma vez que tampouco seu caráter humano é construído.

A função do símbolo atribuído pelo conhecimento do conceito de ser humano integrado na sociedade, portanto, trata-se da força da capacidade humana, intrínseca a existência do ser, definido, conseqüentemente, em razão de sua posição como incluso na sociedade – inicialmente como proletariado – e aparente em sua função intrasistêmica, que, por razão da complexidade da estrutura social se estabiliza em

determinada posição social e então se relaciona e se comunica – por conseguinte se entende pelo norte da ideologia da cultura - de acordo com sua função e característica simbólica. De toda forma, essa condição irrestritamente humana é traduzida como estrutura política, os instrumentos ideológicos necessitam da posição do ser humano como cultura baseada em sua posição social (o valor econômico de sua função) para reduzir os riscos da falência do liberalismo. Tal estrutura pode ser entendida por Biopoder que Fonseca (2002, p. 207) traduz “como o conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que na espécie humana constitui seus traços biológicos fundamentais vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia política, de uma estratégia geral de poder. Em relação à tecnologia disciplinar, esse conjunto de mecanismos (em que se constitui o biopoder) define um outro modo de agenciamento do espaço, especifica uma forma diferente da normalização e singulariza um novo “corpo” enquanto objeto e sujeito da estratégia de poder representada pela biopolítica”.

Isso pode ser observado, na forma que Kelsen determina a própria existência da pessoa física, a pessoa sendo “o homem enquanto sujeito de direitos e deveres” (KELSEN,1999, p.191), relação direta com seu caráter de estrutura jurídica que o legitima perante o Estado, no caso, o Soberano e o caráter de sujeito jurídico enquanto conjunto de normas.

Nesse ponto encontramos o problema da necessidade da violência, no caso a normativa, para estabilizar a existência de um caráter ideológico, aqui, partindo do mais básico da existência contemporânea, no caso, o próprio conceito de humanidade.

A problematização da fragilidade da interpelação do corpo como sujeito e seu entendimento como objeto original pela força do padrão ideológico se dá, como a pouco comentado, no momento em que se possibilita a revogação normativa, ou seja, retirando do sujeito de direito seu quadro normativo e o deixando a mercê da ideologia sem violência seu conceito paira em um limbo que o reduz a corpo, logo não é garantido o processo de humanização sem a força normativa. Humanização – pela produção de verdade ideológica do que significa o ser humano – definida como a reestruturação do corpo a sua condição pura leva o ente social a posição de corpo sem significado dentro do sistema social, isso, partindoda própria produção ideológica do conceito de ser humano, o consenso (abstrato) que sua morte não pode ser

relativizada, tampouco sua vida (existência).

Porém, retirada sua condição valorativa sujeita ao biopoder, exercido pelo soberano, o que resta ao corpo é apenas o corpo, uma objetivação biológica livre de abstração ideológica. E, da mesma forma, retirado seu conceito de humanidade, nada resta ao corpo do que a vida nua. Para isso, pela visão de Giorgio Agamben, reduz-se o conceito do corpo apenas aquilo que ele é, livre da intervenção do poder e, conseqüentemente, livre de sua razão cultural ideológica, assim, o que nos resta é um corpo sem legitimidade da estrutura política.

Agamben revela aquilo que, disseminando-se por seus textos posteriores, permitiria esquadrihar o pano de fundo de sua filosofia: o projeto de uma filosofia da vida como uma filosofia que vem. Na base de seu projeto, encontra-se a problematização, desde logo política, da vida como objeto do poder – da operação de poder que, a fim de engendrar uma produção da vida humana e politicamente predicada (bios), toma por ponto de inflexão o vivente a fim de aplicar-se sobre ele, excluindo de seu âmbito a vida animal (zoé). Tal conceito encontra-se presente em textos como *L'immanenza assoluta* (2005) e *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I* (2007). Eis o desenvolvimento que Agamben, passando por Foucault, retoma da fundação aristotélica da pólis grega. (CORRÊA, 2010, p. 337)

51

Pois bem, reduzido em sua bios e reestruturado em sua função de zoé, o corpo passa a não ser mais parte do sistema social, afinal, conquanto tenha se afastado do aparelho ideológico agora não tem mais função útil no biopoder.

À vida nua e aos seus avatar no moderno (a vida biológica, a sexualidade, etc.) é inerente uma opacidade que é impossível esclarecer sem que se tome consciência do seu caráter político; inversamente, a política moderna, uma vez que entrou em íntima simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que nos parece ainda caracterizar o edifício jurídico-político da política clássica (AGAMBEN, 2007, p. 126)

A decisão portanto da existência da vida nua cabe exclusivamente ao poder soberano, uma vez que é este quem tem legitimidade para ser Estado e, portanto, nada mais tem que o controle dos aparelho ideológicos e da forma de cultura. Desta forma, o conceito de vida nua está diretamente ligada ao conceito da função que o Estado dá

àquele corpo, independentemente de sua existência simbólica.

A questão da existência do corpo sem reconhecimento social estabelecido pelo soberano o retira da régula social, isso significa uma insignificância ao corpo, não em forma de punição, pois sua função jurídica foi suspensa, justamente por isso não resta ao corpo a sanção, apenas a ideologia sem garantia violenta de estabilidade, sua condição humana nada resta ao homem senão a condição de sujeito apreendido pela humanização não tem relevância em detrimento de sua dependência de legitimidade, o que traz de volta ao corpo a condição de *homo sacer*.

Pode se observar que todo o problema que envolve a conceituação do corpo como ser humano e a necessidade de estabilidade de tal conceito apreendido deriva da racionalidade. Isso se justifica a partir do momento que entendemos as consequências das ciências humanas como condição de existência do poder.

Ciências Humanas aqui são observadas em moldes foucaultianos, ou seja, o corpo já racionalizado, significando algo a mais do que um único objeto. Porém, necessitando da racionalidade para ser definido e argumentado e, ao mesmo tempo, objetivado como sistema de observação, as ciências humanas emancipam e coisificam o homem em uma única linha de possibilidades.

As ciências humanas não são uma análise do que o homem é por natureza; são antes uma análise que se estende entre o que o homem é em sua positividade (ser que vive, trabalha, fala) e o que permite a esse mesmo saber (ou buscar saber) o que é a vida, em que consistem a essência do trabalho e suas leis, e de que modo ele pode falar (FOUCAULT, 1999, p. 488).

O modo de vida deriva, naturalmente do nascimento das ciências humanas em um campo da racionalidade e não nos padrões que criam a racionalidade. Isso significa que “pode-se, portanto, fixar o lugar das ciências do homem nas vizinhanças, nas fronteiras imediatas e em toda a extensão dessas ciências em que se trata da vida, do trabalho e da linguagem” (FOUCAULT, 1999, p. 486). A racionalidade, portanto, não se justifica nos moldes de sua estrutura, porém na própria existência dos homens em seus gestos de diferenciação na necessidade de imposição de verdades para definir relações de poder a partir do seu modo de produção, setorização e dominação de bens.

Essa relação, sobretudo, insistimos, não pode ser definida pelos meios que levam a racionalidade, a saber, a economia, a biologia, a linguagem, etc, os elementos que constroem a razão, porém, quando dizemos que a relação se encontra na própria necessidade de produções de verdade significa afirmar que o biopoder legitimado pelas ciências humanas é definido pela existência do poder-saber, ainda em um argumento em Michel Foucault, a importância do saber político está ligado a necessidade de existência de poder.

A definição do que é político, das relações entre corpos racionalmente organizados, é observada a partir dos conhecimentos epistemológicos sobre tais relações. Esse saber é buscado a partir de uma possibilidade de alienação daquilo que é prejudicial ao saber, a verdade, que busca sua estabilidade no poder, o saber sem poder exime-se da verdade, não tem relevância como conteúdo político, ou melhor, não é legítimo em um âmbito de possibilidade de atribuição de uma violência simbólica.

53

Quando fiz meus estudos, por volta dos anos 50–55, um dos problemas que se colocava era o do estatuto político da ciência e as funções ideológicas que podia veicular. Não era exatamente o problema Lyssenko que dominava, mas creio que em torno deste caso escandaloso, que durante tanto tempo foi dissimulado e cuidadosamente escondido, apareceu uma série de questões interessantes. Duas palavras podem resumi-las: poder e saber. Creio haver escrito a História da Loucura dentro deste contexto. Para mim, tratava-se de dizer o seguinte: se perguntarmos a uma ciência como a física teórica ou a química orgânica quais as suas relações com as estruturas políticas e econômicas da sociedade, não estaremos colocando um problema muito complicado? Não será muito grande a exigência para uma explicação possível? Se, em contrapartida, tomarmos um, saber como a psiquiatria, não será a questão muito mais fácil de ser resolvida porque o perfil epistemológico da psiquiatria é pouco definido, e porque a prática psiquiátrica está ligada a uma série de instituições, de exigências econômicas imediatas e de urgências políticas de regulamentações sociais? No caso de uma ciência tão "duvidosa" como a psiquiatria, não poderíamos apreender de forma mais precisa o entrelaçamento dos efeitos de poder e de saber? No Nascimento da Clínica, foi a mesma questão que quis colocar a respeito da medicina. Ela certamente possui uma estrutura muito mais sólida do que a psiquiatria, mas também está enraizada profundamente nas estruturas sociais. O que me "desconcertou" um pouco, na época, foi o fato de que esta questão que eu me colocava não interessou em absoluto aqueles

para quem eu a colocava. Consideraram que era um problema politicamente sem importância, e epistemologicamente sem nobreza.(FOUCAULT, 2013, p. 35-36).

Como se observa a relação entre poder-saber é a premissa para as batalhas de verdade que se legitimam a partir de uma violência simbólica baseada no peso das ciências humanas como definição do modo de vida do corpo racionalmente definido como homem, os movimentos de saber instrumentais e as ideologias não legitimadas nas ciências humanas não tem a força normativa para estabilizar-se como verdade.

FORMA JURÍDICA COMO VIOLÊNCIA MÍTICA

Para compreender a forma jurídica como violência mítica é necessário retornar a Walter Benjamin para buscar uma estrutura de fundamentação para a violência relacionada ao poder, pois se mostra um caminho contemporâneo da reflexão da dominação.

O *aition*grego, ou seja, o mito etiológico ou fundador de determinados padrões culturais seriam a força de sustentação da violência – como garantia do poder – ao longo do tempo, como se pode perceber na história, por exemplo, a sustentação da fundação e estrutura política de Roma, pela vitória de Rômulo sobre Remo ou a burocracia como modelo de segurança contemporânea.

O mito sempre repousa sobre a função do vencedor, estabelecido por Benjamin como *der Herrschende* que tem na fundação de seu mito o poder violento do direito sobre os vencidos (*Unterdrückte*).

Isso significa dizer que o vencedor da verdade produzida estabelece o mito como fórmula de legitimação do poder. A função do mito é manter o vencido em uma posição de aceitação e até mesmo veneração dos conceitos estabelecidos pelo vencedor. Assim como todo mito, a realidade é tratada como uma divinização daquilo que não se pode combater, a herança dos vencidos agora é legítima ao vencedor. Este último, por sua vez funda no mito a necessidade de empatia dos vencidos com sua vitória, uma formação estruturada do conceito de manutenção do *status quo* da força da violência mítica.

A empatia com o vencedor beneficia sempre, portanto, esses dominadores. Isso diz tudo para o materialista histórico. Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. (BENJAMIN, 1986, p.225)

A significação do mito em Benjamin remete a uma consideração da linha entre o real e o mito, isso significa dizer que o mito se funda em vitórias de conhecimento em relação a dominação de estruturas culturais sobre corpos. Isso reconhece que a vida depende de funções míticas de conhecimento para ser definida como existência, nunca como uma forma de observação de corpos.

Para conhecer a verdade, portanto, há a necessidade de superação do mito que conhece a vida como presença fora do corpo, ao mesmo tempo isso expõe o *telos* da dominação, que representa uma forma de politização de uma mitologia de dominação fundada na opressão de corpos, o direito, por sua vez, baseia-se nos mitos da existência do poder soberano para determinar os a racionalidade sobre o símbolo do poder sobre os corpos, logo, pode-se dizer que “o direito tem a mesma natureza da violência mítica”. (GIOACÓIA JUNIOR, 2014, p. 280).

Corpos *versus* vida é a união de estabilidade entre verdade e conhecimento, observados os fatores intrínsecos da dominação, como observado, a herança do mito vencido utilizado pelo mito vencedor. O *ation* da significação da vida é baseado na existência da violência que funda o poder.

Não há verdade posto que não há univocidade e, então, nem sequer erro no mito. Pois como tampouco pode haver verdade sobre ele (posto que somente há verdade nos objetos, assim como a objetividade reside na verdade), existe no que concerne ao espírito do mito, só e unicamente um conhecimento dele. E onde seja possível a presença da verdade, esta somente ocorrerá sob a condição de conhecimento do mito, isto é, o conhecimento de sua demolidora indiferença frente a verdade (BENJAMIN, 1996, p. 57)

A forma jurídica para Foucault (2003) pode ser conceituada como: *Relação de dominação* que é exercida pela *prática jurídica* com base em uma verdade produzida pelas *ciências humanas*. A forma jurídica se direciona ao poder estabelecido pelo Estado que perpetua sua relação mítica de poder, com isso pode se entender que o

“Estado é a forma juridicamente racionalizada da violência e da alienação. O sujeito de direito é seu conceito operatório e princípio de funcionamento” (GIACÓIA JUNIOR, 2014, p. 280).

No conceito de forma jurídica há três elementos essenciais: Relação de dominação; prática jurídica e; ciências humanas.

A relação de dominação pode ser configurada como uma relação entre autoridade e sujeito, onde o sujeito tem o dever de obediência e a autoridade o poder de impor uma vontade, uma conduta a ser realizada pelo sujeito sem este querer.

A prática jurídica será sempre uma heteronomia, pois um julgador impõe uma vontade às partes, determina como as partes devem agir, o que configura a violência mítica. Atualmente o julgador deve legitimar sua decisão utilizando-se de um discurso racional, que apenas mascara o poder de violência simbólica.

As ciências humanas produzem uma verdade, uma normalidade, determina o que é “normal” no indivíduo e o que não é, e o que não for deve ser corrigido, sancionado, disciplinado para se enquadrar na condição de “normal”. Nas ciências humanas o homem (pesquisador, sujeito cognoscente) utiliza outro homem (objeto cognoscente) para determinar como este deve se comportar, o pesquisador faz isto por meio de um discurso estratégico que constrói uma verdade e impõe um padrão a ser seguido. O que no Direito muitas vezes se chama de “homem médio”.

Nessas condições, não há como recusar que o direito é o dispositivo que possibilita e assegura o funcionamento das relações mercantis de troca no sistema capitalista de produção, circulação e consumo de bem, de modo a garantir um sobre-valor ou mais-valia (...) então o direito é a perpetuação (mítica) da exploração, a forma de reprodução mecânica, necessária e inexorável da exploração do homem pelo homem. O direito e o Estado que dele extrai sua substância representam a expressão mitológica da alienação, reficção e fetichização das relações humanas. (GIACÓIA JUNIOR, 2014, p. 279).

No Direito sempre se buscou a aceitação social das decisões proferidas pelo Estado, o objetivo de se buscar a aceitação é que a sociedade seja um corpo social dócil que aceite as imposições de vontades do Soberano, mantendo o governo dos vencedores.

Atualmente, no Brasil, a população em sua maioria não possui confiança nas decisões do Poder Judiciário. Sendo necessária a instalação de mecanismo que assegurem à sociedade esta confiança. Têm se falado muito na implementação do sistema dos precedentes judiciais, que tem origem na tradição do “common law”, como forma de garantir estabilidade, previsibilidade, coerência e segurança jurídica no entendimento judicial sobre o Direito, com o escopo de gerar um Direito íntegro, conforme a teoria de Ronald Dworkin.

A implementação do sistema dos precedentes é muito útil dentro da forma jurídica, pois gera uma sensação de segurança na sociedade, mas principalmente fora da forma jurídica, pois irá atribuir à sociedade o sentimento de proteção, de segurança nos seus conflitos de interesses, mas isto é para que a sociedade aceite as imposições, a heteronomia, do poder judiciário.

Fica evidente nos precedentes judiciais como que a racionalidade é utilizada para mascarar o poder de violência simbólica. O que vincula um precedente a um caso futuro é a “ratio”, na dogmática do precedente judicial o que vincula é o elemento “ratiodecidenti”, e não a “auctoritas” de quem profere a decisão igual era no sistema *pharaseunique* da França na época da Escola da Exegese.

O elemento vinculante do precedente é a “ratiodecidenti”, na dogmática da teoria dos precedentes há muito debate sobre onde, na decisão judicial, será localizada e extraída sua “razão de decidir”, se o que vincularia seriam apenas os fatos do caso concreto, se seria apenas questões de Direito, ou se seria a proposição necessária para a decisão, deste modo, a parte da decisão que não influenciou no resultado do julgamento é chamada de “obiterdictum” e não vinculará os demais julgamentos posteriores. Já, a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a “ratiodecidenti”, ou seja, a proposição racional que liga os elementos de fato e de Direito, uma relação de poder-saber que impõe uma ideologia construída pela ciências humanas, permitindo ainda a superação desta ideologia por uma outra por meio da técnica do *overruling*. Toda a construção dogmática da teoria dos precedentes judiciais é uma forma garantir a docilidade do corpo social para que aceite a imposição feita pelo Soberano em uma decisão judicial.

Conforme mencionado no conceito de forma jurídica acima a relação de

dominação é exercida pela prática jurídica. O precedente é produto da prática jurídica que vinculará as futuras decisões. Podemos conceituar precedentes como: a decisão prévia que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema, que poderá ser utilizada como paradigma para futuras decisões.

É nítida a relação de poder-saber, pois a racionalidade atribuída ao sistema por meio dos precedentes é uma forma de mascarar a relação de dominação, por meio de discursos estratégicos, a sociedade se conforma com a decisão, com a heteronomia e cumpre a vontade imposta na tese jurídica, para se enquadrar dentro do “normal” produzido pelas ciências humanas.

Não estamos aqui negando a importância do sistema dos precedentes para dentro da forma jurídica, mas apenas mostrando as consequências para além da forma jurídica.

A racionalidade atualmente é que legitima os pronunciamentos do Estado, está legitimando em um primeiro momento pode parecer benéfica para a sociedade. Mas, o problema não está em como ou por quem se dá a decisão judicial, como que se legitima, mas no próprio ato de imposição de uma ideologia, a legitimação apenas mascara esta violência simbólica, assim como o “divino” mascarava esta relação na idade média.

Ao legitimar a forma jurídica está legitimando a violência mítica, seja em uma monarquia absoluta ou em uma democracia liberal. O sistema dos precedentes legitima a violência mítica, por legitimar a forma jurídica no caso concreto.

No Estado Democrático de Direito o positivismo pós-hartiano e a teoria dos precedentes são considerados como os ideais, os elementos necessários que a forma jurídica deve respeitar, mas estes elementos podem parecer revolucionários, os salvadores do Direito, assim como a Razão para o Iluminismo. Porém enquanto houver a forma jurídica, a heteronomia, a imposição de uma conduta, haverá a relação de dominação exercida pela prática jurídica por meio de uma verdade construída pela ciência humana.

CONCLUSÃO

A legitimação da forma jurídica no Estado Democrático de Direito se dá por meio da racionalidade. Esta racionalidade apenas mascara o poder de violência simbólica. Independente da legitimação a forma jurídica sempre será heteronomia, sempre será uma imposição, portanto coercitiva. De uma vontade ditada pelo Soberano.

As ciências humanas produzem a verdade, a verdade não está no mundo da natureza, ela não possui uma origem, não é regida pelo princípio da causalidade, mas, pelo contrário, a verdade está no mundo dos homens, é uma invenção, e regida pelo princípio da imputação. Esta imputação é imposta por uma violência, por meio de discursos estratégicos em uma relação poder-saber.

A transformação do indivíduo em sujeito de direito atribui a ele o dever de obediência para se enquadrar na normalidade criada pelas ciências humanas e agir conforme as prescrições normativas, há uma relação de sujeição – por isso “sujeito” – entre o indivíduo e o Estado.

A racionalidade pode, *a priori*, parecer benéfica à sociedade por caracterizar uma explicação e por fazer o indivíduo ter algo como verdade. Porém, esta verdade é imposta por meio de uma violência mítica, e tem por finalidade que a sociedade seja um corpo social dócil e aja de acordo com os interesses do soberano que utiliza-se do Direito para sujeitar os indivíduos as sanções caso não ajam de acordo com o prescrito normativamente.

59

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais** – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo & Constitucional I, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun. 2014.

BENJAMIN, Walter. **Las afinidades electivas de Goethe**. In: Dos ensayos sobre Goethe. 1ed. Barcelona: Gedisa, 1996.

_____. **Coleção Kalagatos**, Revista de Filosofia do Mestrado Acadêmico em Filosofia da Universidade Estadual do Ceará. v. 4, n. 7, Fortaleza: EdUECE, 2007.

_____. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix, 1986.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa in Captura Crítica: **direito política, atualidade**. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. – n.2., v.2. (jan/jun. 2010) – Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

DUTRA, Delamar José Volpato. **O positivismo jurídico como combinação de decisionismo e de normativismo**: um estudo a partir de Schmitt. In: Bueno, Roberto (Org). Filosofia & Política: tensões entre liberdade, poder e democracia. Madrid: Dykinson, S. L., 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Trad. S. T. Muchail.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2013

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Lúcia M. Ponde Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. **Violência e Racionalidade Jurídica**: sobre a potência dos meios. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 108, p. 243-291, jan/jun. 2014.

_____. **Sobre Jurgen Habermas e Michel Foucault.** Trans/Form/Ação, Marília, v. 36, p. 19-32, 2013.

_____. **Foucault.** In: Revista Em Tempo. Revista da área do Direito do UNIVEM. Marília: Letras Jurídicas, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Vozes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado: revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito e esfera pública:** uma leitura a partir de Habermas. In A nova Interpretação do Direito; Luiz Henrique Martins Herrera e Lucas Seixas Baio (org.), 1ed, Birigui: Boreal, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ŽIŽEK, Slavoj (org.). Uma Mapa da ideologia. Tradução Vera Riberito. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

POBREZA, DESIGUALDADE E EXCLUSÃO PROCESSUAL: AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

*Guilherme Barbosa SILVA⁶
Patricia Carla FERNANDES⁷*

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversos direitos fundamentais foram assegurados aos indivíduos, dentre eles o acesso à justiça, que há décadas já vinha lutando por espaço nos textos constitucionais. Ocorre que tal direito não é assegurado de modo irrestrito a todos os cidadãos. Dentre as diversas desigualdades que assombram o mundo atual, muito se fala na desigualdade econômica, nas diferenças sociais, em diversas classes de riqueza. Todavia, tal diferença também tem como consequência a diferença processual. Com menos recursos, a parte não possui amplo acesso ao judiciário, acarretando uma exclusão processual. Assim, pretende esta pesquisa abordar o referido tema, analisando o conceito de acesso à justiça, bem como o que é possível e o que vem sendo feito para que tal realidade possa começar a mudar.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça; isonomia; pobreza.

ABSTRACT

With the advent of the Constitution of 1988 , several fundamental rights have been provided to individuals , including access to justice , which for decades was already fighting for space in constitutional texts . It turns out that this right is not guaranteed on an unrestricted basis to all citizens. Among the many inequalities that haunt the world today , much is said in economic inequality , social differences in different wealth classes. However, this difference also gives rise to a procedural difference. With fewer resources , the party does not have full access to the judiciary , leading to a procedural exclusion. Thus, this research aims to address the said topic by analyzing the concept of access to justice, and what is possible and what is being done so that this reality can begin to change.

KEYWORDS: access to justice; equality; poverty.

⁶ Estudante de Pós-graduação da UENP.

⁷ Estudante de Pós-graduação da UENP.

INTRODUÇÃO

Paira no seio social o sentimento de que a justiça – no sentido de busca pelo Poder Judiciário – só existe para aqueles que possuem esparsos recursos financeiros.

De certo modo, tal pensamento pode ser considerado verdadeiro, uma vez que aqueles que possuem maiores recursos financeiros, com condições de buscar pela tutela jurisdicional através de um causídico devidamente constituído, sem necessidade de esperar do Estado a figura de um Defensor Público, ou mesmo a nomeação de um advogado dativo, realmente conseguem uma maior efetivação dos seus direitos.

Não que os doutos advogados nomeados, ou mesmo os defensores públicos, devidamente aprovados do concurso público, não possuam competência para tanto. Ocorre que é notória o déficit dos profissionais citados para que a demanda processual pudesse ser superada.

Cite-se, por exemplo, o Estado do Paraná, que foi um dos últimos estados do Brasil a instituir a Defensoria Pública, e que, até o momento, não possui um defensor em cada Comarca do Estado para efetivar os anseios da população paranaense.

Assim, o presente trabalho pretende demonstrar que a pobreza, fator de discriminação na sociedade, é também fator de discriminação processual, ferindo a isonomia resguardada pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Deste modo, no primeiro capítulo deste trabalho, pretende-se demonstrar o quão fundamental é o acesso à justiça para a efetividade dos demais direitos dispostos no texto constitucional de 1988. Traçar-se-á um breve histórico acerca do direito suscitado, desde seu nascedouro até as constituições brasileiras mais modernas, finalizando com a promulgada em 05 de outubro de 1988.

Pretende-se, ainda no primeiro capítulo, tornar o conceito de “acesso à justiça”, em que pese a dificuldade de definição própria, mais claro aos pesquisadores, demonstrando que o direito aqui analisado, na verdade se trata de um direito supranacional.

Na sequência, no segundo capítulo, será abordado alguns fatores que levam a parcela mais vulnerável da sociedade, aqueles considerados mais necessitados, economicamente, também vulneráveis processualmente. Buscar-se-á analisar o que é considerado “minoría”, para que assim seja, efetivamente analisada se os cidadãos

com renda mínima podem ser considerados “minorias”.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será analisada como essa pobreza, esse fator que faz com que o princípio da isonomia seja desrespeitado em diversos setores da sociedade, atinge também a demanda processual e exclui uma grande parcela da sociedade da efetiva proteção jurisdicional, uma vez que há efetiva exclusão processual.

DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Na atual sistemática do Direito brasileiro, compete, quase que exclusivamente, ao Estado a função da resolução de conflitos, por meio de um de seus poderes, o Poder Judiciário.

Entretanto, é possível verificar que, assim como os outros poderes da república, e demais órgãos como um todo, e não seria diferente com o órgão jurisdicional, o Poder Judiciário está passando por uma profunda crise de legitimidade, já que não consegue colocar fim aos tantos conflitos da sociedade.

Sobre a necessidade de algumas mudanças para que o Poder Judiciário venha acompanhar as alterações da sociedade como um todo, José Luiz Bolzan de Moraes sustenta que

[...] os acontecimentos deste século repercutiram em fatos determinantes de profundas mudanças nas relações sociais, o que se refletiu na situação atual, onde ao Judiciário impõem-se reformas, para atender as exigências sociais contemporâneas. Afinal, até o momento, o mesmo tem resguardado para si uma postura de superioridade, ignorando todos esses fatos novos e considerando as relações sociais como as considerava no início do século.

É certo que a figura do Poder Judiciário, principalmente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possui um caráter fundamental na manutenção e resguardo dos direitos elementares dos cidadãos.

Entretanto, conforme o autor acima citado, é preciso que o Poder Judiciário crie mecanismos para efetivar os direitos que são tutelados pelas partes.

A tutela jurisdicional buscada pelos cidadãos gera uma grande segurança jurídica aos mesmos. Entretanto, o Estado não cumprindo com sua missão,

determinada pela Constituição Federal, de prestar a proteção referida torna essa segurança numa incerteza, e traz descrédito à justiça brasileira.

O que se busca não é o retorno à autotela que há muito tempo foi extirpada da sociedade moderna como regra geral, permanecendo em casos excepcionais. Ocorre que para que isso não venha ocorrer, o Estado deve proporcionar uma maior efetivação do acesso à justiça.

Assim, o presente capítulo pretende demonstrar que o acesso à justiça, muito mais que um direito fundamental, é um direito apto a resguardar outros direitos, razão pela qual, imperiosa uma alteração da forma de atuação do Poder Judiciário, para que este direito não seja transformado num obstáculo processual.

BREVES ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Para melhor análise deste direito fundamental é preciso realizar uma concisa análise histórica da ideia de acesso à justiça.

O ideal de acesso à justiça que se tem hoje, não é o mesmo que se tinha em tempos passados. Vinícius José Corrêa Gonçalves aborda que

[...] num primeiro momento, com o surgimento do Estado Liberal no final do século XVIII e início do século XIX, ‘o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação’. Assim, nesse período, o acesso à justiça não passava de um mero direito formal, tendo o Estado a simples função de positivá-lo no ordenamento, pois se mantinha inerte frente às desigualdades observadas no plano empírico.

Note-se, então, que num primeiro momento tal direito não era considerado um direito propriamente material, mas sim direito formal, colocado nas mãos dos cidadãos, que eram lançados à sorte para efetivá-lo.

O direito de acesso à justiça era considerado um direito natural, e como tal, não necessitava de uma ação do Estado para que fosse protegido, já que tais direitos eram considerados anteriores ao surgimento do Estado. Assim, bastava que o Estado não permitisse a infringência deste direito por outros.

Desta feita, conforme o apontado linhas acima, denota-se que somente uma

parcela da sociedade, aquela que detinha melhores condições financeiras, possuía meios para se valer e tornar verdadeiramente efetivo este acesso à justiça.

É possível relacionar o pensamento contemporâneo do acesso à justiça com a ideia da primeira dimensão dos direitos fundamentais, onde cabe ao Estado simplesmente uma limitação, um não agir, e não a criação de mecanismos para uma efetivação.

Assim, tendo em vista que somente uma parte da população possuía o efetivo acesso à justiça, o Estado passa a perceber que não basta uma não intervenção somente, mas que é preciso uma atuação para que este direito possa ser efetivado.

Surge então o que foi denominado como direitos fundamentais de segunda dimensão, com a criação dos direitos sociais, saindo o Estado daquela situação de impassibilidade, tomando caráter de garantidor.

Nasce o Estado Social, onde as liberdades públicas cedem espaço aos direitos sociais, sempre os pautando na igualdade de condições e oportunidades. O Estado passa a ser intervencionista, e quando não age cabe ao indivíduo incitá-lo, por meio do Poder Judiciário, surgindo, também, o direito da demanda judicial.

Norberto Bobbio aduz que “o princípio da igualdade foi o motor das transformações nos conteúdos e declarações, abrindo sempre novas dimensões aos direitos humanos”. Assim, pode-se afirmar que o tal princípio foi o norte da evolução da ideia de acesso à justiça que hoje vigora.

Acerca do marco fundamental para nova vertente do acesso à justiça, Adriana Santos Silva afirma:

Com as transformações da sociedade, houve também a mudança paradigmática do acesso à Justiça, havendo necessidade de tornar efetiva com a valorização do caráter coletivo em detrimento do caráter individualista antes sistematizado. O marco desse acontecimento deu-se com a Declaração dos Direitos Humanos. [...] Quando se fala em acesso à Justiça, o objetivo direito é tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir sua propositura.

No Brasil, já na primeira constituição republicana ficou consagrado a tripartição dos Poderes, restando ao Poder Judiciário a incumbência de colocar fim nos conflitos. Entretanto, foi somente com a Constituição de 1946 que a acessibilidade

ampla foi expressamente consagrada, já que seu art. 141, § 4º dispunha que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Todavia, durante o período de vigência do Ato Institucional nº 5, todos os atos praticados com base naquele ato foram excluídos de apreciação do Judiciário, o que acabou limitando o acesso à justiça.

Após este período de limitação dos direitos fundamentais e, principalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da inafastabilidade do judiciário volta a permear os direitos dos cidadãos.

Ressalta-se que, incluído dentre os direitos e deveres fundamentais dos indivíduos, art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal, tal direito é considerado cláusula pétrea e, durante a vigência da atual Constituição, não poderá ser extirpado do ordenamento jurídico.

Assim, estreme de dúvidas que o acesso à Justiça sofreu profundas transformações, já que hoje a ideia de acesso à justiça é muito mais que um mero direito formal, mas sim um direito material, ou ainda, o que será abordado do item a seguir, um direito instrumental, já que através do acesso à justiça o cidadão pode buscar a tutela dos seus demais direitos fundamentais.

67

ACESSO À JUSTIÇA: CONCEITUAÇÃO

Mas afinal, o que é acesso à Justiça? Qual o real e atual significado dessa expressão que permeia documentos nacionais e internacionais?

Definindo objetivamente, Mauro Cappelletti e Bryant Garth explicam que

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam social e individualmente juntos.

Heliana Coutinho Hess conceitua o acesso à Justiça como um direito fundamental supranacional, afirmando que

Direito porque está inserido no sistema jurídico-constitucional do Estado. Fundamental porque deve ser reconhecido como intrínseco ao homem pelas autoridades do país, tanto o Poder Legislativo que edita normas, o Judiciário que aplica no plano fático, quanto o Executivo que tem a obrigação de realizar políticas públicas, respeitada a dignidade humana, como valor universal e ético. Supranacional porque reconhecido nos ordenamentos jurídicos internados por leis do Estado, no plano supranacional, dos blocos de países, e internacional por tratados e pactos de direitos humanos, concretizado pelo exercício da jurisdição pública e privada.

Veja que hoje incumbe não somente ao Poder Judiciário a efetividade do direito ao acesso à Justiça, mas a todos os Poderes da República. Pode-se afirmar, inclusive, que o Ministério Público também se mostra como um instrumento indispensável para a efetivação deste direito, através do atendimento ao público, que, desamparado, tem no Promotor de Justiça aquele que pode resolver o seu problema, ou, ao menos, colaborar para a resolução.

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 ressalta a importância do *Parquet* para o Estado democrático, ao passo que o considera, em seu artigo 127, uma “instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado”.

Quando se aduz que o acesso à Justiça se trata de um direito fundamental supranacional, percebe-se que realmente este direito encontra-se amparado em diversos documentos internacionais.

O Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo, que foi incorporado ao direito brasileiro por intermédio do Decreto nº 678, aprovado em 06 de novembro de 1992, dá ao indivíduo a possibilidade de ser ouvida em juízo, num prazo que seja considerado razoável. Impõe, ainda, que o juiz ou Tribunal deva ser imparcial e independente.

Assim, resta claro que hoje a ideia de acesso à Justiça não significa a atuação exclusiva do Poder Judiciário, mas sim, qualquer meio que possa solucionar os conflitos de maneira equânime e justa, com eficiência buscando sempre a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ocorre que, mesmo não sendo somente por atuação do Poder Judiciário que se vê a efetivação do acesso à Justiça, tal ente ainda é o que mais vem sendo buscado para tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, razão pela qual

imperioso se faz observar alguns pontos importantes acerca dessa atuação, conforme será abordado em tópicos ulteriores.

Cita-se, também, o pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que entendem ser o acesso à justiça um requisito fundamental do atual sistema jurídico que pretenda garantir efetivamente o direito de todos. Complementam que

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Hoje, o acesso à Justiça é considerado um direito fundamental instrumental, já que visa assegurar a efetividade dos demais direitos fundamentais.

Conforme exposto, o direito de acesso à justiça não está mais adstrito ao significado de judiciário, o que ocorria em tempos outros quando as duas expressões eram tidas como sinônimas. Gelson Amaro de Souza aduz que

Tornou-se comum confundir-se o acesso à justiça com o simples acesso ao judiciário. Sem a efetiva entrega do direito à parte que o merece, não se pode dizer que direito de ação, puro e simples, já representa o acesso à justiça. Estas expressões não devem ser confundidas, como não se devem confundir a tutela jurídica com a tutela jurisdicional e nem esta com a tutela do direito. O acesso à justiça e a efetivação do direito somente acontecem quando for concretamente empreendida a tutela do direito, isto é, a proteção ou a efetivação do direito material.

Para o autor supracitado, o efetivo acesso à justiça se dá com o julgamento de mérito e a satisfação do direito reconhecido, ainda que o autor da demanda saia vencido. Caso contrário, “pode ter havido acesso ao Judiciário, mas não acesso à justiça”.

Daniela Dias Graciotto Martins, por sua vez, demonstra que não se pode confundir o direito à tutela jurisdicional com o direito à petição:

O direito de ação por sua vez, requer o preenchimento das condições de ação, consistentes no interesse processual, na possibilidade jurídica do pedido e na legitimação da parte. Não havendo o preenchimento destes requisitos (art. 267, VI, CPC), bem como dos pressupostos processuais (art. 267, IV, CPC), a ausência da análise

do mérito não ofende o princípio da inafastabilidade de jurisdição. O acesso à justiça não significa, ainda, a procedência do pedido. O que se assegura é a *tutela jurisdicional adequada*.

Gelson Amaro de Souza, já citado anteriormente, com posição contrária ao da autora supracitada, complementa que

Só existe acesso à justiça quando o mérito é apreciado. O mérito como se sabe, corresponde ao pedido. Muito clara é a exposição de motivos ao dizer que o julgamento do conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito.

Para o autor se o juiz deixar de apreciar o mérito da causa acaba deixando de apreciar o direito material reclamado, fechando as portas do acesso à justiça.

O autor entende, ainda, que quando a norma infraconstitucional impõe alguns pressupostos para que o pedido seja analisado, isto também ofende o acesso à justiça.

Explana que

[...] existem normas que determinam a extinção do processo sem julgamento como a mais expressiva constante do art. 267, do CPC, que impede a apreciação do mérito, sempre que faltar algumas das condições da ação ou algum pressuposto processual. Essa norma, à toda evidência, está impedindo o acesso à justiça, em afronta à norma constitucional estatuída no art. 5º, XXXV da CF. A extinção do processo sem julgamento do mérito, não atende ao mandamento constitucional do art. 5º, XXXV, da CF, porque nada está decidindo e deixando de apreciar a lesão ou ameaça de lesão do direito.

Para o autor é somente a decisão de mérito, ainda que o autor da demanda possa não receber uma sentença procedente, que efetiva o direito de acesso à justiça.

Entretanto, atualmente o acesso à justiça é muito mais que mover a máquina judiciária, mas sim, a busca pela tutela jurisdicional adequada, que compete ao Estado conceder, através das técnicas necessárias, para que o direito material não seja violado.

Vinícius José Corrêa Gonçalves, aborda que o direito ao acesso à justiça é denominado “direito fundamental instrumental”, já que é por meio dele que todos os demais direitos poderão ser tutelados, complementando que

[...] a negação do direito fundamental de acesso à justiça pode ser encarada como a negação a todos os demais direitos fundamentais insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, pois uma vez ameaçados ou violados tais direitos, sem a possibilidade de se efetuar o acesso à justiça [...] seus detentores quedariam inertes e sem meios de promover a sua defesa, já que, em regra, é vedada a utilização da autotutela.

Ocorre que, em que pese a inexistência, no atual sistema brasileiro, da autotutela, não há como negar que este é um dos efeitos colaterais da inefetividade do acesso à justiça.

A POBREZA COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

Como visto alhures, há inúmeros fatores que excluem uma certa parcela da população de ter um acesso, efetivo, à justiça.

Pode-se citar, a título ilustrativo somente já que o tema será aprofundado nos tópicos ulteriores, o ônus financeiro do processo como sendo um dos fatores que acabam tirando a coragem do cidadão de buscar a resolução para o seu conflito através do Poder Judiciário.

Entretanto, é preciso definir *a priori*, quais as parcelas da sociedade estão sendo colocadas à margem do direito. Afinal, quem são as minorias? O que significa o termo minorias?

O termo “minorias” carece de uma definição precisa, muito menos legal. Todavia é preciso compreender que compete ao Estado a busca de meios para que os grupos que possuam este sentimento de inferioridade possam efetivar seus direitos.

J. J. Canotilho ao conceituar minoria, aduz que

Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria.

Verifica-se, então, que a ideia de minoria não está atrelada necessariamente a uma porção inferior a outra. Pode-se considerar minoria um grupo numérico em posição inferior a outro, bem como outras características individuais que inferiorizam

tais indivíduos.

A consequência às minorias são sempre as mesmas: tais pessoas enfrentam maiores dificuldades dentro do Estado e necessitam de maior efetividade de seus direitos mínimos.

O presente estudo será pautado na minoria considerada menos favorecida, aquela que possui condições financeiras mínimas e a (in)efetividade do acesso à justiça.

Pode-se afirmar que a pobreza é uma das consequências do mundo globalizado. Após o final do século XX e no início do século XXI, o fenômeno da pobreza sofreu alterações no mundo todo, entretanto, pode-se afirmar que ainda há muito a ser feito para que a desigualdade possa começar a ser alterada.

Pedro Demo expõe que

A estrutura da desigualdade permanece intacta, mas, em compensação, os pobres estão um pouco menos pobres, um resultado típico do atual programa Bolsa Família: é adequado no plano da assistência, porque é devida por direito; é inadequado no plano do confronto político, porque o abafa. Os pobres são tão pobres que qualquer migalha interessa, e com esse preço vendem facilmente a alma.

72

Data vênia o posicionamento acima, não parece acertada as palavras do autor quando afirma que “qualquer migalha interessa” ou que os mesmos “vendem facilmente a alma”. Certo é que a desigualdade impera no país, e o programa de distribuição de renda citado visa, de certa forma, atenuar tal diferença.

Todavia, tal ponto não é crucial para análise desta pesquisa. Assim, necessário concluir apenas que, em que pese os avanços contemporâneos, a desigualdade social continua a vigorar.

Ao andar pelas ruas é possível visualizar desigualdade social, onde muitas e muitas pessoas encontram-se em condições de extrema pobreza. Em todos os centros é possível encontrar pessoas nas ruas buscando o sustento para o seu dia, através de poucas moedas lhes dadas no semáforo.

É imperioso destacar que a Constituição impõe como um de seus fundamentos a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Ocorre

que atualmente a redução da desigualdade não é sinônimo de distribuição de renda, somente. Proporcionar aos cidadãos um efetivo acesso à justiça também faz com que as desigualdades sociais sejam amplamente reduzidas.

É nítido que o Brasil vem apresentando enorme desigualdade na distribuição de renda, o que acaba gerando uma elevação nos níveis de pobreza.

O termo pobreza não pode ser definido de forma universal. Todavia, é possível afirmar que se trata de uma situação de carência em que o indivíduo não possui condições para manter um padrão mínimo de vida que seja condizente com o mínimo existencial, de acordo com o que é estabelecido socialmente em cada contexto histórico.

Sônia Rocha conceitua:

Pobreza é um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. Para operacionalizar essa noção ampla e vaga, é essencial especificar que necessidades são essas e qual nível de atendimento pode ser considerado adequado. A definição relevante depende basicamente do padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico.

73

Assim, pode-se afirmar que há pobreza quando famílias vivem com renda familiar *per capita* inferior ao nível mínimo necessário para que possam satisfazer suas necessidades básicas para se adequar ao grupo social em que vivem.

A pobreza é vista como decorrência da ação dos homens, como resultado daquilo que pensam, interpretam e agem. Assim, a pobreza decorre da desigualdade social.

A desigualdade e a pobreza sempre fizeram parte da construção histórica do país. Por diversas vezes esteve nas pautas de discussão. Todavia, não se vislumbra ações efetivas para enfrentar o problema.

Ronaldo Coutinho Garcia aduz que

[...] foram criadas riqueza e renda suficientes para produzir alterações significativas nas condições de vida da grande massa da população brasileira que é carente de tudo. No entanto, a riqueza existente, a produzida e a renda criada sempre foram apropriadas concentradamente por minorias que sofrem de um estado crônico de

‘ganância infecciosa’.

É de competência do Estado regular a situação, através de políticas públicas que proporcionem a diminuição da desigualdade. Sabe-se que “o mito da ‘cultura da pobreza’, segundo o qual os pobres não melhoram suas condições de vida porque não querem, desfaz-se, sempre na dura frieza das evidências empíricas e históricas.

O que se percebe é que pouco foi modificado durante o processo de desenvolvimento do Brasil, apesar de muito se estudar e discutir acerca do tema.

Ocorre que o fenômeno da pobreza atinge também o Poder Judiciário, mais especificamente a possibilidade de se efetivar a justiça daqueles menos favorecidos, conforme será exposto no próximo capítulo.

A POBREZA E A EXCLUSÃO PROCESSUAL

Como visto, a pobreza de uma grande parcela da sociedade faz com que a desigualdade vigore em diversos setores da Administração Pública.

Infelizmente, esta desigualdade também vem acarretando na limitação dos direitos das pessoas com menores condições financeiras.

Ocorre que a população, e principalmente aquela parcela excluída da sociedade, ainda enxerga o Poder Judiciário como o principal meio de se efetivar o acesso à justiça. Assim, é preciso que o Judiciário esteja totalmente estruturado para que a população não se sinta desprivilegiada.

Desta feita, é preciso lembrar das palavras de Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que “no Estado de Direito, é nos juízes que a população deposita as suas mais acalentadas, as suas últimas esperanças de Justiça. Infelizmente, muitos têm ficado na decepção, pois os juízes são parte de um mecanismo que clama por restauração”.

Em uma pesquisa de opinião divulgada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE no ano de 2009, ficou demonstrado que parte da população brasileira ainda possui um certo grau de confiança no Poder Judiciário.

Foram entrevistadas 2002 pessoas de todas as regiões do país, chegando ao resultado de que 45% da população tem “alguma confiança” no Poder Judiciário e

16% possui “muita confiança” na instituição. Por sua vez 20% possui “quase nenhuma confiança”, enquanto 18% possui “nenhuma confiança”.

Percebe-se nitidamente que o Judiciário ainda é aquele em que os indivíduos vêem a possibilidade de amparo, já que, de acordo com a mesma pesquisa, em se tratando do Congresso Nacional o índice cai para 31% para “alguma confiança” e 5% para “muita confiança”. E sobe quando a resposta é “quase nenhuma confiança” atingindo 26%, e 35% para a resposta “nenhuma confiança”.

Entretanto, em que pese uma pequena diferença em se tratando de dois dos três Poderes, percebe-se que a diferença é tênue, o que demonstra que o Poder Judiciário também não vem cumprindo com o dever imposto pela Constituição Federal de 1988.

Não se pode negar que a população tem enxergado, ainda, o Poder Judiciário como um dos poderes que governam o país. Os diversos acontecimentos políticos que vêm marcando o cenário brasileiro, faz com que a sociedade, na ânsia de ver a corrupção aniquilada, espera uma resposta do Poder Judiciário, o enxergando, assim, como o principal meio de acesso à justiça, já que a resposta pela indisciplina também pode ser considerada acesso à justiça.

O Judiciário vem sendo colocado pela mídia no centro das discussões, assim como os demais Poderes já estavam há muito tempo. Assim, deve tal órgão se ver preparado para dar as respostas necessárias à sociedade, efetivando seus direitos, já que o Judiciário ainda é considerado o manto protetor da população.

Assim, como primeiro ponto importante para a discussão da desigualdade processual, pode-se pautar a deficiência estrutural que o Poder Judiciário vem sofrendo, principalmente quando se trata do primeiro grau de jurisdição.

Sabe-se que o Judiciário foi criado para atender um sistema capitalista e burguês, dirimindo conflitos de interesses individuais. Entretanto, o que se percebe que é outros tipos de conflitos também estão sendo levados ao judiciário para uma solução, tais como aqueles de interesses metaindividuais, envolvendo direitos difusos e, ainda, conflitos envolvendo pequenos litígios, com pouca importância pecuniária.

É certo que o Poder Judiciário durante muito tempo não recebia o tratamento merecido, e foi considerado um pouco menos importante em se tratando dos três

poderes. Nesta esteira, Clóvis Ramalhete, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal se manifestou afirmando que “jamais os constituintes republicanos, depois de adotarem o presidencialismo e a Federação, deram-se conta de que o Poder Judiciário é a ‘chave do regime presidencial’, e, por consequência, deve ser autônomo e forte”.

Daniela Dias Graciotto Martins aduz que

O advento do Estado social gerou o aumento da demanda judicial, pela omissão dos Poderes Legislativo e Executivo nas ações decorrentes do novo perfil estatal e, conseqüentemente, um conflito entre os próprios Poderes. Com o Estado Constitucional, e a figura do controle de constitucionalidade o conflito se acentua. Por este controle, atos do Executivo e do Legislativo são submetidos ao crivo da Constituição, que em alguns sistemas, como o brasileiro, é personificada no Poder Judiciário, surgindo a ‘Jurisdição Constitucional’.

Percebe-se um grande número de demandas perante o judiciário, já que hoje é concentrado neste Poder o poder/dever de julgar os conflitos em tela. Todavia, ao que parece, o sistema estrutural do judiciário é dos tempos de outrora, o que acarreta na inefetividade da jurisdição.

A supracitada autora complementa

Aponta-se neste contexto histórico, as falhas estruturais da instituição do Poder Judiciário – não preparada para atender às necessidades emergentes da nova ordem social – levou a uma crise do Direito. Este, ao ter alterado o seu centro de gravidade, não identificou prontamente sua verdadeira essência.

Hoje a importância do Poder Judiciário se mostra cada vez mais forte. Todavia é preciso uma reestruturação para que as demandas levadas a tal poder não careçam de efetividade e direitos fundamentais sejam limitados por ineficácia do Estado.

Como consequência da falta de estrutura do Poder Judiciário, é possível citar, ainda como (in)efetividade do acesso à justiça, a morosidade processual, já que atualmente o Judiciário não vem suportando atender a demanda processual existente. Verifica-se que o número de juízes ativos é, e muito, incompatível com a quantidade de processos aptos a julgamento.

É evidente que quando se tem uma estrutura deficiente o resultado da prestação jurisdicional será de qualidade inferior, já que não possui os subsídios necessários para melhor decidir, o que faz com que os processos tramitem por tempo superior ao necessário para a resolução da lide.

Em se tratando dos processos em trâmite por tempo ultrapassado, Rui Barbosa explana

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

E, por fim, adverte: “Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato”.

Conforme se verifica a atual situação processual brasileira, a longa tramitação dos processos judiciais pode ser uma das causas da inefetividade do acesso à justiça, muito mais do que isso pode, inclusive, ser causa de uma injustiça social.

Percebe-se que essa morosidade da jurisdição traz como consequência uma restrição ao exercício da cidadania à uma parcela da sociedade que se vê às margens do direito, já que não possui estímulos para buscar a tutela judicial na efetividade de seus direitos.

Gelson Amaro de Souza aborda que

[...] Muitas vezes se tem o acesso ao judiciário, como se fosse o verdadeiro acesso à justiça. Mas, o simples acesso ao Judiciário não pode ser considerado acesso à justiça. Ao contrário do ingresso junto ao Poder Judiciário que é a entrada, o acesso à justiça é a saída, com o direito satisfeito. Ingressar no Judiciário é até certo ponto fácil, o difícil é ter acesso à justiça. Isto é, sair do processo com a pretensão satisfeita dentro de um lapso de tempo razoável.

Hoje, o que se deve buscar não é a ampliação dos direitos fundamentais. Basta, tão somente, vencer o desafio de tornar efetivos os direitos já garantidos pelo texto constitucional, torna-los efetivos.

Há que citar, ainda, a estrutura física dos gabinetes e secretarias, que não possuem o mínimo necessário para uma efetiva tutela aos jurisdicionados, o que causa um abismo entre o Poder Judiciário e o cidadão carente de seu direito violado.

Almir Gallassi afirma

A morosidade gera descrédito, prejudica não só a imagem do Poder Judiciário, mas retira da pessoa humana o desejo de buscar uma solução para seu conflito. Se o problema é recurso financeiro, o Estado tem o dever de resolver, afinal, o cidadão contribui diariamente com impostos para que possa ter o retorno dessa contribuição através de uma prestação de serviço que deve ser oferecido pelo Estado.

O Poder Legislativo e, principalmente, o Poder Executivo carecem de legitimidade quando se trata de colocar à disposição dos cidadãos mecanismos para efetivar seus direitos. A ausência da efetividade do direito à saúde, educação, saneamento básico, os direitos vitais mínimos, faz com que o indivíduo desacredite na Administração Pública, já que habitualmente arca com seus impostos e, em contrapartida, não consegue alcançar a efetividade dos seus direitos.

78

A morosidade do Judiciário também faz com que os cidadãos desacreditem neste poder, e pelos mesmos motivos esposados acima.

Note-se que numa demanda processual, principalmente quando as partes, ou ao menos uma das partes, são hipossuficientes, o tempo é crucial, haja vista a necessidade de efetividade do direito tutelado para a manutenção do bem estar social, bem como o enorme custo que a morosidade traz ao processo.

Poderia ser citado ainda como limite ao acesso à justiça os elevados valores à título de custas processuais e ausência de uma defesa técnica digna aos menos favorecidos, já que não possuem condições de arcar com os custos de um advogado com técnica tão boa quanto da parte contrária.

Entretanto, tal tema pode ser objeto de uma pesquisa em específico, já que é preciso realizar a análise à luz da Lei 1.060 de 1950, bem como da existência de Defensoria Pública em quase todos os Estados da Federação, apesar de ineficaz.

Tamanha a desigualdade durante toda a história da humanidade que o Papa Leão XIII, quando da publicação da Encíclica *RerumNovarum* (15 de maio de 1591)

já entendia ser necessário o tratamento desigual para que os direitos fossem efetivados:

Os direitos, em que eles se encontram, devem ser religiosamente respeitados e o Estado deve assegurá-los a todos os cidadãos, prevenindo ou vingando a sua violação. Todavia, na protecção dos direitos particulares, deve preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a protecção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre. (grifo nosso)

É preciso mencionar que desde o surgimento da Igreja Católica diversas Encíclicas foram publicadas e que tais encíclicas não possuem a natureza jurídica de uma lei ou norma constitucional. Entretanto, pela força que o catolicismo possuía e, em menor escala, ainda possui, fez com que os Estados começassem a se preocupar com os direitos nelas constantes.

79

E não poderia ser diferente com o Estado brasileiro. A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Estados a competência para a organização da justiça e estabeleceu no art. 125, § 6º, a possibilidade de descentralizar o Tribunal de Justiça, através de Câmaras regionais, com o intuito de levar a justiça mais perto do povo.

Sabe-se que a justiça é dinâmica, e por tal característica, deve o Estado efetivar meios para que o Poder Judiciário se aproxime do cidadão, principalmente daquele menos favorecidos, minoria na sociedade.

Neste ponto, importante a implementação de programas, como o chamado Justiça no Bairro, que resolve situações simples sem a necessidade dos cidadãos buscarem a tutela do Ministério Público ou Defensoria Pública.

No Estado do Paraná, à cargo da Desembargadora Joeci Machado Camargo, o Programa atendeu, somente no ano de 2014, 21 cidades do Estado levando aos jurisdicionados de cada um destes Municípios celeridade nas demandas já existentes, bem como solução imediata a diversas causas, como por exemplo, decretação de divórcio, realização de diversas perícias médicas, dentre outras atividades.

É realizado, ainda dentre as atividades propostas pelo denominado “Justiça no

Bairro”, a celebração da união civil. No último evento realizado na cidade de Curitiba em 2014, no dia 07 de dezembro, o programa Justiça no Bairro, que conta com a colaboração do SESC Cidadão, realizou a união de 800 casais na Arena da Baixada.

O projeto citado, que é voltado para as famílias que possuam renda máxima de até três salários mínimos, absorve os processos litigiosos já distribuídos, inclusive aqueles provenientes da defensoria pública, núcleos de prática jurídica, e alcança um resultado de até 70% de conciliação, o que leva a uma maior efetividade e, na outra parcela não conciliada, uma melhor orientação.

Pode-se citar, ainda, que, por ser itinerante, o Justiça no Bairro também pode absorver a chamada “demanda reprimida”, o que possibilita ao juiz da comarca o agendamento de diversas audiências simultâneas de processos em trâmite, com o intuito de destrancar a pauta, garantindo aos jurisdicionados a celeridade processual determinada pela Constituição Federal.

Saliente-se que o atendimento também se estende aos pedidos iniciais litigiosos, já que advogados e núcleos de prática jurídica se colocam à disposição para as novas causas.

Programas como o explanado faz com que o direito ao acesso à justiça possa ser efetivado, já que traz resultados expressivos e de imediato.

De um modo geral, percebe-se que a população possui receio de buscar o Judiciário, ingressar no ambiente gélido dos fóruns. Assim, deve o Poder Judiciário demonstrar ao cidadão que se encontra totalmente estruturado para colocar fim à lide e efetivar o acesso à justiça.

Vale ressaltar que o programa citado é um dos exemplos, dentre outros tantos espalhados pelo país, de efetividade dos direitos constitucionais, dentre eles o de efetivo acesso à justiça.

Todavia, há muito que se fazer. É preciso maior empenho não só dos Poderes da República, mas de todos os segmentos da sociedade e dos próprios cidadãos, como um todo, na busca pela efetividade dos direitos assegurados pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O direito ao acesso à justiça não significa somente dar ao cidadão a

possibilidade de acesso a um julgamento. Não se trata mais de possibilitar a alguém uma sentença de mérito como resolução de seu problema. Hoje o acesso à justiça é muito mais abrangente do que simplesmente abrir as portas do Poder Judiciário ao povo.

Pode-se afirmar que há acesso à justiça quando se possibilita a dispensa do pagamento das custas processuais, ou ainda, quando há a nomeação de um advogado dativo para a defesa dos interesses de determinado indivíduo.

Entretanto, tal acesso é ineficaz quando, por exemplo, a defesa nomeada se mostra deficiente.

Se quando um indivíduo considerado pobre é atendido de modo diferente ou possui uma defesa técnica inferior àquela realizada para um indivíduo com melhores condições financeiras, pode-se afirmar que o Estado falhou em sua proteção e que não houve efetivo acesso à justiça.

Verificou-se no decorrer do presente trabalho toda a evolução histórica que o “acesso à justiça” sofreu nas últimas décadas. Não se pode permitir que, com a vigência da atual constituição, direitos, como é o caso citado, sejam desrespeitados e que os cidadãos à margem da sociedade sejam tolhidos dos seus anseios e garantias fundamentais.

Como visto, há inúmeros movimentos e projetos desenvolvidos por diversos segmentos da sociedade e, também, pelo próprio Poder Judiciário, tentando minimizar a prática evidente da exclusão processual daqueles considerados pobres.

Todavia, percebe-se que ainda é pouco, há muito a se fazer, sem que, contudo, novos direitos sejam criados. A Constituição Federal garante amplo acesso aos direitos fundamentais, sem necessidade de inclusão em seu texto, de outros novos direitos. O que é preciso é atuação do Estado para efetivar aqueles que ali já residem.

É preciso que o acesso à justiça prometido pelo constituinte seja visualizado amplamente para que possa ser sinônimo de acesso à uma ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Política social e combate à pobreza: a teoria da prática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1998.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa,

1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 2004.

BRASIL. Constituição (1946). Disponível
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.
Acessado em 05.06.2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

DEMO, Pedro. **Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira**. Campinas: Armazém do Ipê, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. XIV.

GALLASSI, Almir. **O acesso a justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais**. IN *Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*/Dirceu Siqueira, Flávio Luis de Oliveira, organizadores. São Paulo: Boreal Editora, 2012.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. **Iniquidade social no Brasil: uma aproximação e uma tentativa**. Brasília: IPEA, 2003, p. 10. Disponível em
<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0971.pdf>.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. 2011. 225 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. Campinas: Millennium, 2004.

LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e Processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

MARTINS, Daniela Dias Graciotto. **O acesso à justiça frente às crises do direito, da administração da justiça e do juiz**. IN *Acesso à Justiça: uma perspectiva da*

democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica/Dirceu Siqueira, Flávio Luis de Oliveira, organizadores. São Paulo: Boreal Editora, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata? Rio de Janeiro**: Editora FGV, 2003.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. Barueri: Manole, 2005.

SOUZA, Gelson Amaro; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. **Processo e Acesso à Justiça**. IN **Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica/Dirceu Siqueira, Flávio Luis de Oliveira, organizadores**. São Paulo: Boreal Editora, 2012.

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Cristina Lemos ROQUE⁸
Edinilson Donisete MACHADO⁹

RESUMO

O presente estudo irá analisar a aproximação do sistema brasileiro, que adota o regime da *civil law*, ao sistema da *common Law* onde há prevalência de cláusulas gerais, gerando maiores poderes aos magistrados e, principalmente, a utilização e a influência dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, e sua influência no Novo Código de Processo Civil. O problema que se coloca é em torno da possibilidade de aproximação de duas tradições com fundamentos e histórias tão distintas; ou seja: será possível a existência de uma *civil law* permeada dos elementos próprios da *common Law*. Mais do que isso: um modelo, em que as pessoas estão acostumadas com leis definidas e bem positivadas, conseguirá absorver, adequadamente, a prevalência de cláusulas abertas nas quais predomina a constitucionalidade do sistema independente de legislação infraconstitucional. E, em consequência, a jurisdição nacional está preparada para trabalhar com precedentes que conservam a *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão, ao invés de jurisprudência baseada na uniformização de dispositivos decisórios?

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos precedentes. O Precedente no Ordenamento. Novo CPC.

ABSTRACT

This study will examine the approach of the Brazilian system, which adopts the civil law regime, the common Law system where there is prevalence of general clauses, generating greater powers to magistrates and especially the use and the precedents of influence on legal system Brazilian, and its influence in the New Code of Civil Procedure. The problem that arises is around the possibility of approaching two traditions with such different foundations and stories; is it possible that there is a civil law permeated the very elements of common Law. More than that: a model in which people are used to set and well affirmative laws, able to absorb fairly, the prevalence of open clauses in which predominates the constitutionality of the independent system of infra-constitutional legislation. And as a result, the national court is prepared to work with precedents that retain “*ratio decidendi*”, the reasons for the decision, rather than jurisprudence based on uniformity of decision-making devices?

⁸ Estudante de Pós-graduação - Univem- Centro Universitário Eurípides de Marília.

⁹ Professor da Graduação e Pós-Graduação na UENP e UNIVEM.

KEYWORDS: Theory of the foregoing. The Previous in Planning. New CPC.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro sempre se afirmou que a lei é fonte primária do direito, com fundamento do positivismo jurídico. Assim, construiu-se um sistema jurídico todo escrito, conhecido como *civil law*, tendo ligação com o direito da antiga Roma. A tradição remonta à data de 450 a.c., que seria a suposta data de publicação da Lei das XII Tábuas. Em 533 d.c. houve a publicação em Constantinopla do Corpus Juris Civilis de Justiniano. Já as leis bárbaras foram redigidas a partir do séc. V para a maior parte das tribos germânicas. Do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com glosadores e comentadores.

O *civil Law* é adotado ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo. Esse sistema tem como base filosófica o pensamento grego. Ao conquistar a Grécia, o império romano absorveu a filosofia grega.

A formação e o desenvolvimento da doutrina do *civil Law* foi fortemente marcada pelo contexto histórico da França do período pré-revolucionário, onde os membros do Judiciário francês uma classe aristocrática, agiam em conformidade com os interesses da aristocracia feudal. Derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a “boca da Lei”.

Dá-se o nome de common Law, ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve e se desenvolveu até nossos dias, também presente em países de língua inglesa a exemplo, Estados Unidos, Canadá e Austrália. Referida expressão é utilizada desde o século XIII, para designar direito comum na Inglaterra, em virtude dos costumes locais,

também conhecido como *comuneley* (lei comum). O *common Law* é um judge-made-law (“o juiz faz a lei”), enquanto a jurisprudência apenas desempenhou um papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas. O *common Law* é um direito judiciário, enquanto o processo é só acessório nas concepções fundamentais dos direitos romanistas; o *common Law* não sofreu muita influência do direito romano, diferente da civil Law que sofreu uma influência do direito erudito elaborado na Idade média e, por fim, os direitos romanistas são codificados, enquanto é quase desconhecida na *common Law*.

As revoluções americana e francesa, bem como as revoluções de independência na América Latina influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual com novos pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e Estado. Essa revolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras substantivas e de direito processual.

Certamente foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais, contudo, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Nesse contexto pode-se dizer que, a principal distinção entre os dois sistemas é que o da *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Enquanto no sistema da *common Law* adota-se um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. No *civil law* busca-se a segurança jurídica, enquanto no *common Law* o objetivo principal é a paz entre os litigantes, a composição do litígio em questão e a reconciliação, pois o importante é harmonizar os litigantes, desde que seja adequado ao caso concreto.

Ao longo da história, no entanto, diversos fatores foram proporcionando a aproximação entre os dois sistemas, podemos destacar dentre outros: o constitucionalismo, o estado social, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, as regras de textura aberta e as demandas em massa.

Num amplo contexto serão revistas algumas premissas do estudo do precedente como fonte do direito, a sua eficácia e segurança jurídica, e principalmente, não poderia deixar de abordar aqui como o presente tema pretende ser tratado no Novo Código de Processo Civil.

O presente trabalho visa analisar a aproximação da civil Law em relação à *common Law*, considerando o ordenamento jurídico brasileiro e o Novo Código de Processo Civil e identificando as semelhanças e diferenças entre os dois sistemas apontados.

O que se pretende é verificar a influência dos precedentes judiciais oriundos da *common Law* no direito brasileiro. Entender a problemática do poder do juiz, considerando a problemática das cláusulas gerais, o precedente no Novo Código de processo Civil e as conseqüências dessa nova abordagem. E por fim, a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de delimitação e concretização dos direitos fundamentais.

BREVE HISTÓRICO

A origem do *common Law* remonta à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066, com a batalha de Hastings, que levou a centralização do governo, incluindo a administração da justiça. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal. A história do direito na Inglaterra assemelha-se à dos países do continente até aos séculos XII e XIII. Indo um pouco mais na origem, a Inglaterra fez parte do Império Romano, do século I ao V, sendo que a colonização romana foi pouco extensa, a exemplo do Norte da Gália.

Com as invasões dos povos Anglo-saxões, e Dinamarqueses, desenvolveu-se aí reinos germânicos à partir do sec. VI, com leis bárbaras, ou seja, textos do direito consuetudinário anglo-saxônico, assim, enquanto as leis do continente são redigidas em latim, as da Inglaterra passam a serem redigidas em língua germânica.

O Direito Inglês teve uma continuidade histórica sendo fruto de uma longa evolução, sem grandes rupturas na ordem jurídica havendo um gradual desenvolvimento do *common law*.

O direito passa a se desenvolver na Inglaterra com base na lista de writs –

ações judiciais sob forma de ordens do rei. Na hipótese de litígio, era essencial buscar os writs ao caso concreto, sendo que o processo é mais importante do que as regras do direito positivo. O *common Law* foi elaborado assim com base em um número limitado de formas processuais.

Deste modo aos poucos, foram sendo formadas a organização e a competência dos tribunais no sistema Inglês. O *common Law* passou a ter regras procedimentais, rígidas, bem como remédios preestabelecidos; sendo que aqueles que não aceitavam as decisões podiam peticionar para o Rei, pedindo-lhe uma reconsideração, uma espécie de perdão.

A história do direito inglês irá nos revelar o fato de ser um direito de criação por seus julgadores, sendo mesmo anterior a invasão normanda, até o advento da *Judicature Act*, em 1873, quando se deu a fusão das jurisdições, da *common law*, desenvolvida ao longo de mais de oito séculos, e da equity, que surgiu como um recurso contra decisões flagrantemente injustas em casos concretos, transferindo ao soberano ou chanceler que em seu nome falava o poder de rever a sentença proferida segundo o direito comum. Após 1875, com o *Judicature Acts*, os tribunais superiores passam a poder pronunciar-se validamente tanto sobre o Direito como sobre a equidade, pois o *common Law* e a *Equity* seriam admitidas simultaneamente e concorrentemente pelas mesmas jurisdições.

O *common Law* torna-se dessa forma cada vez mais técnico nestes séculos, limitado no processo dos writs pela rotina dos juízes, sendo que estes, embora nomeados pelo rei, tornaram-se independentes – o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta regras do processo ou até mesmo o uso do *common law*, julgando segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano.

Podemos salientar que o direito inglês moderno, diversamente do *civil Law*, é muito mais um direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição *civil law* da Europa Continental, principalmente na França que rompe com o Direito preexistente com a Revolução Francesa.

No *civil Law* a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common Law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua aceitabilidade por sucessivas gerações. Admitindo-se dessa forma a autoridade do direito construído

através da jurisprudência.

Para os práticos os precedentes judiciais são de uma grande utilidade o fato de poder lembrar o tribunal que já decidiu em tal sentido. A jurisprudência passa a ter dessa forma um papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução. Não houve assim, no direito Inglês nenhuma grande reforma com o estabelecimento de uma codificação geral, sendo que a legislação sempre teve um papel complementar ao direito, em respeito às fontes judiciárias, sendo que em caso de conflito, as decisões judiciais deveriam prevalecer sobre a lei, tendo em vista sua especialidade.

Apesar da importância crescente da legislação, a Inglaterra permanece um país sem constituição escrita e sem códigos. O *constitucional Law* inglês baseia-se no costume e nos precedentes, invoca a carta Magna de 1215 e outros *Acts* mais ou menos antigos. Entretanto, não existe um conjunto de regras constitucionais reunidos, o que o difere do sistema Americano, assim como não existe nenhum conjunto de regras jurídicas relativas a um ramo do direito, como no caso do código Francês, Alemão, etc.

Os Estados Unidos da América possui grande influência da Inglaterra na formação do seu direito, tendo em vista a colonização, em parte, dos Estados Unidos pelos Ingleses. Em sua formação os Estados Unidos não adotou a idéia de supremacia do Parlamento. A autoridade suprema não estaria no Parlamento, mas na Constituição, esta é que vai representar a vontade soberana do povo, diversamente das leis que estabelecem a vontade de seus representantes, prevalecendo uma teoria de governo limitado.

Um dos alicerces centrais do *common Law* nos Estados Unidos foi a doutrina de respeito ao precedente judicial e a doutrina dos direitos humanos fundamentais, no entanto, é apenas no século XVII que o *common Law* nos Estados Unidos evoluiu, acompanhando transformações na economia e na sociedade, e passou a ser usada como um escudo contra o absolutismo real e para proteger as liberdades públicas. Tal evolução teve o reforço da independência dos Estados Unidos no ano de 1776, seguida da promulgação da Constituição em 1787 e do *Bill of Rights* de 1789. Assim o Direito praticado nos Estados Unidos, se distingue do direito existente na Inglaterra, destacando a sua originalidade, muito embora lá também tenha se estabelecido a

doutrina do *staredecisis*.

Assim, diferentemente da Inglaterra, os precedentes judiciais nos Estados Unidos são menos rígidos a ponto de o seu caráter vinculante aos órgãos jurisdicionais inferiores ser menos rigoroso, permitindo dessa maneira, maior flexibilidade na adoção da doutrina do *staredecisis*.

O sistema jurídico de origem romano-germânica, também denominado *civil Law*, tem suas raízes históricas na Europa Continental, fortemente influenciado pelo Direito Romano, desde as suas mais remotas épocas, sofrendo também influência do Direito Canônico, os quais, ainda na Idade Média, passam a se fundir, juntamente com alguns outros direitos locais, dando origem ao que se denomina costumeiramente de “Direito comum”.

Esse sistema tem como base filosófica o pensamento grego. Ao conquistar a Grécia, o império romano absorveu a filosofia grega.

O direito romano antigo formou-se no sec. II a.c. e a sua aplicabilidade era apenas para o cidadão romano. Para os demais, ou seja, o direito aplicado para os estrangeiros, aqueles que habitavam nos domínios romanos aplicava-se o *Ius Gentium*.

A prática jurídica romana em seu período de formação, ainda de organização arcaica, era influenciada pela região. Em uma comunidade rústica, imbuída de sentimento místico, era atribuído aos pontífices a tarefa de emitir pareceres e cuidar das questões mais importantes do *iuscivile*.

Em decorrência da expansão do Império Romano, do crescimento do comércio e de outros setores, os litígios privados tornam-se mais intrincados e numerosos, fator determinante na criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais.

Sob esse contexto, surge a Lei das XII tábuas, para atender as exigências sociais, consolidando, por escrito, os antigos costumes. A primeira das leis escritas de 455 a.c., conhecida entre autores latinos como fonte do direito público e privado. É considerado o primeiro texto legal do direito romano-germânico.

Vamos encontrar ainda o Corpus Iuris Civilis, criado pelo Imperador Justiniano, no sec. VI, sendo que as leis codificadas foram denominadas de codex e posteriormente compiladas.

PRECEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. SÚMULA

Existe na doutrina uma grande confusão entre precedente, jurisprudência, súmula e súmula vinculante. No entanto, pode-se dizer que precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos idêntico. O precedente é composto por circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.

Os precedentes irão funcionar como elementos de justificação de uma decisão jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar sua força nos casos futuros.

O precedente se origina de um caso concreto, e para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele, devendo assim ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente, assim podemos afirmar que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, tornando-se imprescindível ter uma idéia clara dos fatos do caso.

Para Larenz (1997,p.611):

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora [...]

A jurisprudência, por sua vez é a reiterada aplicação de uma mesma decisão, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominanteque, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente pode ser apenas uma, contudo, em sistemas como o nosso, faz-se referência a varias decisões.

A súmula, no entanto, tanto pode ser formada em razão de uma jurisprudência, como também em razão do amplo reflexo de determinada matéria, ou seja, da extensão da repercussão do objeto central do provimento jurisdicional buscado

naquela decisão.

O verbete sumular vinculante é relativamente novo em nosso ordenamento jurídico. Assim os entendimentos consolidados pelo STF poderiam ser convertidos em enunciados de súmula do Tribunal, no entanto, sem efeitos obrigatórios para as demais instâncias e esferas da Administração pública.

Primordialmente a implantação da súmula vinculante traria um desafio e facilitaria o julgamento de milhares de processos, que eram repetição de inúmeros outros, já decididos de modo uniforme, fixando assim a jurisprudência do Tribunal, e abrindo desse modo caminho para a adoção no Brasil de uma Teoria do precedente, constituindo uma das possíveis saídas para o problema do acúmulo de processos do Poder Judiciário, e ao mesmo tempo contribuindo para a manutenção de princípios basilares da nossa Constituição.

O PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A muito se vem buscando maneiras de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Quando o Brasil ainda era subordinado a Portugal existiam os assentos da Casa da Suplicação, Atualmente já existem em nosso Código de Processo Civil, vários mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência no nosso sistema dos ditames da *common Law*.

O que se busca com a adoção de novos paradigmas é a estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, que assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a evolução doutrinária, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

O precedente nos oferece uma regra universal que será aplicada em função da identidade com os fatos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será afastada pelo julgador conforme ele considere que prevalece os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Nesse contexto, um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso.

Para uma análise do contexto brasileiro, no entanto, torna-se imprescindível demonstrar o que compreendemos por súmula e sua relevância no processo judicial brasileiro, bem como discutir o que são precedentes e sua força vinculante. Devemos nesse caso utilizar uma análise do direito comparado, colocando-se em evidência como a experiência externa pode ter influenciado a formação do instituto dos precedentes em nosso ordenamento jurídico.

Sobre isso Canotilho (1999) nos apresenta uma proposta muito valiosa para o desenvolvimento do estudo dos precedentes no Brasil; podemos destacar aqui a grande influência do referido autor em nosso Direito Constitucional. Em sua obra, “Direito Constitucional e teoria da Constituição”, Canotilho nos oferece sua sugestão de roteiro para análise de precedente ora intitulada “Topologia do Caso”.

A instituição dos precedentes no Novo Código Civil é sem dúvida a mais importante inovação, com base nos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia, assim, sob esse prisma, o projeto busca trazer ao operador do direito a segurança de decisões estáveis, isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e executa de forma concreta o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes por parte do judiciário.

Sob esse contexto, para que ocorra uma mudança do entendimento que já se encontra sedimentado deve existir uma fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das relações jurídicas, afigurando-se um dever argumentativo das partes, o exercício do contraditório e da argumentação, oferecendo assim regra universal aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos. Sobre isso, aliás, Bustamante (2012), considera que:

[...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser

imparcialmente aplicada.

Insta salientar, no entanto, que no Novo Código de Processo Civil, tudo é jurisprudência, não se distinguindo precedente de jurisprudência, súmula, ou decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling* e *distinguishing*, ou mesmo na diferenciação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*. Tornando-se dessa forma imprescindível o correto manejo dos instrumentos utilizados na aplicação dos precedentes. A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

A esse respeito, conforme Marinoni (2011, p. 01), leciona:

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, ali teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos. (Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* presentes no direito brasileiro, cit.p.270).

94

Destarte faz-se importante frisar que a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico irá exigir dos juristas o aperfeiçoamento das práticas forenses e o exercício claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, tornando-se, essencial que se repense toda a prática forense brasileira. Podemos dizer então que nesse contexto o papel do juiz ativo será essencial na concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Citamos aqui o ensinamento de Bedaque (2011, p. 113-114) sobre o papel do juiz:

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas eventual omissão da parte pode ocorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica.

Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.

Desta maneira o juiz deixa de ser apenas a boca que pronuncia lei, o direito não será mais visto aos moldes de Montesquieu. A noção de que a lei representava a vontade não sobreviveu á evolução histórica, pois se concluiu que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça. Nesse contexto surge a necessidade de se criar instrumentos capazes de permitir sua conformação aos princípios da justiça.

A aplicação dos precedentes no Brasil visa, desse modo, restabelecer a credibilidade do judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional; o ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em nítida mudança, com a convergência entre o *common Law* e o *civil Law*, visando não só à reforma dos institutos de lei, mas também à adoção de uma teoria dos precedentes adaptada à nossa realidade, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, empregando-se coerentemente os precedentes formados. O problema que se coloca é em torno da possibilidade de aproximação de duas tradições com fundamentos e histórias tão distintas; ou seja: será possível a existência de uma *civil law* permeada dos elementos próprios da *commonlaw*? Mais do que isso: um modelo, em que as pessoas estão acostumadas com leis definidas e bem positivadas, conseguirá absorver, adequadamente, a prevalência de cláusulas abertas nas quais predomina a constitucionalidade do sistema independente de legislação infraconstitucional? E, em consequência, a jurisdição nacional está preparada para trabalhar com precedentes que conservam a *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão, ao invés de jurisprudência baseada na repetição e uniformização de dispositivos decisórios?

Por fim, resta questionar o poder legislador do juiz num ordenamento que sempre privilegiou a tripartição dos poderes e defendeu papéis específicos para cada um deles; numa ordem positiva em que, perpetuamente vem se pregando o apego a lei poderá o juiz desempenhar bem seu papel criativo, por meio do ativismo judicial de legislador? Tais aspectos indicam que as mudanças trazidas pela presença do

precedente judicial no ordenamento nacional exigirão transformações na jurisdição, bem como na compreensão política do papel do judiciário.

Um estudo dos precedentes tende a requerer dos juristas, em igual medida, grande aperfeiçoamento da prática forense e o exercício, claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, sendo necessário reconsiderar (como um todo) a corrente prática forense brasileira, bem como uma maior atenção aos operadores e acadêmicos do direito, criando uma cultura adequada ao estudo dos precedentes.

Ocorre, portanto, urgente e extremamente necessário, repensar a prática jurisdicional em vigor, aceitando a convergência entre *common Law* e *civil law*, buscando a reforma inevitável dos institutos de lei, assim como a adoção de uma sólida teoria dos precedentes, devidamente adaptada à realidade do nosso ordenamento, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados possam administrar, coerentemente os precedentes formados.

Um dos problemas na execução de uma teoria dos precedentes é a falta de habilidade do manejo do *distinguishing* e do *overruling* e do respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Desse modo, um dos principais objetivos que se busca no estudo dos precedentes é que se possa, a partir dessa prática, chegar a conclusões próprias sobre a decisão tomada. Com isso, a descrição cuidadosa dos fatos e a identificação do problema a ser solucionado são apenas os primeiros passos, tornando-se fundamental sistematizar argumentos e opiniões, para que, então, se chegue a uma conclusão opinativa sobre a questão, desde uma explicação crítica acerca das razões que levaram àquela conclusão.

Nessas condições, a escolha de um precedente para ser objeto de análise crítica ou estudo científico depende da relevância que detenha num determinado contexto histórico, político, social ou jurídico. Deste modo, o importante a ser considerado para a escolha do caso são as possibilidades que o precedente em questão oferece para um estudo (ou uma crítica) que venha a contribuir para a reflexão jurídica, seja no plano dogmático, seja no plano sócio-jurídico, ou, ainda, no plano filosófico-jurídico.

Uma análise aprofundada da doutrina dos precedentes irá exigir da parte dos

juristas e aplicadores do direito, uma mudança de pensamento, pois um dos objetivos a serem alcançados, é que se possa, com tal prática, chegar a conclusões próprias em torno da decisão tomada. A descrição cuidadosa dos fatos e a detalhada identificação do problema a ser solucionado são apenas alguns obstáculos a serem enfrentados nessa jornada, sendo essencial a sistematização dos argumentos e opiniões, para que, dessa forma, se chegue a uma conclusão opinativa sobre o caso em questão, bem como uma argumentação aceitável sobre as razões envolvidas na decisão, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

Para chegarmos ao cerne da investigação científica proposta, será necessário estudo aprofundado dos precedentes judiciais, bem como de sua utilização no nosso novo Código de Processo Civil, devendo ser levado em conta não só sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, mas também sua relação com os princípios constitucionais da segurança jurídica da isonomia, da motivação das decisões dentre outros.

97

CONCLUSÃO

No Brasil, sempre prevaleceu, com profundas raízes no positivismo, a estrutura civilista no ordenamento orientado pela *civilLaw*. Nos últimos anos, porém percebe-se a absorção de determinados elementos originados no sistema da *common Law*, dentre eles o precedente judicial e o precedente vinculante; a problemática das cláusulas abertas com forte presença da constitucionalização do ordenamento, inclusive do processo; uma valorização maior dos direitos fundamentais e dos remédios a semelhança dos writs, cujo objetivo será o de garantir o direito reconhecido, mesmo na ausência de legislação específica.

O presente estudo irá, portanto, analisar tal aproximação no sistema brasileiro, que adota o regime da civil Law ao sistema da common Law, em que há prevalência das cláusulas gerais, gerando maiores poderes aos magistrados e, principalmente, a utilização e a influência dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema escolhido, capaz de causar polêmica no campo doutrinário e judicial é, hoje, alvo de discussões acirradas em diversos segmentos acadêmicos. Entretanto, entende-se que esta polêmica deve ser enfrentada com pesquisa científica, que leve à

análise da situação de fato, verificando suas plausíveis conseqüências no âmbito direito e na esfera judicial.

Destarte, sob a ótica de tudo que aqui foi exposto a aplicação de precedentes no Brasil visa restabelecer a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional, nesse contexto podemos observar, que nosso ordenamento jurídico, está em nítida mudança, abandonando um pouco das premissas do sistema da *civil law*, e infundindo premissas da teoria do *common law*.

Assim, tendo-se em vista a expansão da aplicação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se essencial a busca de instrumentos teóricos que permitam a análise e compreensão do processo de produção e apreensão do sentido das decisões judiciais, pois, por meio da aplicação dos precedentes judiciais, uma decisão pode produzir efeitos em casos posteriores.

Nesse contexto será necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre o *common Law* e o *civil Law*, buscando não só a reforma dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria dos precedentes adaptada á realidade brasileira, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, aplicando-se coerentemente os precedentes formados.

A força e a autoridade de uma Teoria dos Precedentes estarão vinculadas, aos responsáveis por sua interpretação e aplicação; o manejo incorreto dessa teoria quebra o sistema e faz cair á pretensão de estabilidade e segurança desejada pelo judiciário, assim os operadores do direito devem estar aptos ao manuseio dos precedentes. Tornando-se imperioso, o estudo, ainda nos bancos acadêmicos, tanto para estudantes como para juízes, o aprimoramento cultural no que se refere á aplicação dos Direitos Humanos e às demais disciplinas conexas com o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março 2009, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em 26.04.2010.

_____. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

7ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>; Acesso em: 25 dez. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. – São Paulo: Noeses, 2012

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 17ª ed. inteiramente revista. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 71.

_____, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 3. 15ª Ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 11ª Ed. Editora JusPodivm, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6ª ed. Ed. JusPodium, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentista para o brasil**. Fonte: www.marinoni.adv.br, acessado em 16.06.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-97.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual civil**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 450.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. vol. I, 25ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: introdução ao direito dos EUA. 2.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**/Lenio Luiz Streck, Georges Abboud – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.

PROCESSO E FUNÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO

Natacha Ferreira Nagao PIRES¹⁰

Jefferson Fernandes NEGRI¹¹

RESUMO: O trabalho aborda a atuação política do Poder Judiciário. A pesquisa possui como foco analisar os direitos sociais no Estado Democrático de Direito e concomitantemente a evolução da atividade jurisdicional até chegar-se a atual função do Estado Juiz na implementação de políticas públicas. O estudo analisa a forma como a jurisdição foi exercida dentro deste contexto histórico até chegar ao movimento de constitucionalização do direito e o reconhecimento da força normativa da constituição para, a partir de então analisar a necessidade de adequação da função jurisdicional como mecanismo de justiça social e efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais. Analisa o processo judicial, os escopos da função jurisdicional e seu exercício, a garantia do acesso à justiça e o papel político exercido pelo juiz no exercício de sua atividade típica que resulta na implementação de direitos sociais, que por sua vez se apresenta de forma diferenciada em razão das também diferentes formas de tutela jurisdicional e da jurisdição constitucional.

101

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário.

ABSTRACT: This paper discusses about the execution of social rights by the Judiciary. The research has focused on analyzing the evolution of social rights in a democratic state and the concomitant evolution of judicial activity until reaching the current function of the State Justice in the implementation of public policies. The study goes through the emergence of social rights even in the rule of law and analyzes how the jurisdiction was exercised within this historical context until the movement of constitutionalization of rights and the recognition of the normative force of the constitution and, thereafter examining the adequacy necessity of the judicial function as a mechanism of social justice and enforcement of social and individual fundamental rights. It also examines the judicial process, the scope of the judicial function and its exercise, ensuring access to justice and the political role played by the judge in the exercise of their typical activity that results in the implementation of social rights, which in turn presents a differentiated way due to the different forms of judicial tutelage and constitutional jurisdiction.

¹⁰ Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Docente no Centro Universitário Toledo.

¹¹ Docente no Centro Universitário Toledo.

KEYWORDS: Public Policies. Fundamental Rights. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca de políticas públicas, direitos sociais e Poder Judiciário, seja pela importância dos direitos fundamentais no sistema constitucional, seja pelo enfraquecimento do Estado legalista e da lei como fonte produtora de Direito.

Esse enfraquecimento pode ser atribuído em parte ao fracasso social do liberalismo, à evolução natural e complexa da sociedade e ainda, no Brasil, pela imposição de um regime autoritarista e ditatorial, mola propulsora para o desenvolvimento dos direitos sociais.

Assim é que decadência do liberalismo e da supremacia da lei, direitos fundamentais e sociais e políticas públicas são temas que encontram como ponto central a transformação social pretendida para o Brasil com a implementação do Estado Democrático e Social de Direito, conforme podemos extrair da leitura e interpretação do art. 3º da Constituição.

A promoção de uma sociedade mais justa e solidária por meio da concretização de direitos fundamentais e sociais, dentre eles o mais fundamental de todos expresso na dignidade da pessoa humana, requer uma atuação do Estado no exercício harmônico de suas funções legislativa, executiva e, frise-se, jurisdicional.

O que antes se alcançava com a abstenção do Estado, especialmente do Estado Legislativo e Executivo, agora somente é atingido com a sua ação, uma ação ideologicamente comprometida com o bem estar social, politicamente planejada e organizada e que atenda à concretização da preconizada igualdade material.

Nesse panorama é que o ativismo judicial atingiu o centro das atenções, pois em razão do monopólio da jurisdição e da competência para o controle de constitucionalidade das leis, os cidadãos passaram a exigir que o Estado atuasse mediante uma de suas outras funções, a função jurisdicional.

Diante da lesão aos direitos fundamentais e sociais provocada pela omissão e/ou pela atuação ineficiente do Estado Legislativo e do Estado Executivo, o Poder

Judiciário surge como esperança para a concretização de direitos no mundo dos fatos. Isso não quer dizer que todos os problemas dos brasileiros estarão resolvidos porque a eles é dada a oportunidade de reclamar suas mazelas perante o Estado Juiz, pois sua atuação condiciona-se ao princípio da separação dos poderes e à discricionariedade inerente a cada um deles.

Mas é uma esperança na medida em que o seu compromisso institucional na contemporaneidade é verdadeiramente com a efetividade dos direitos, conforme a interpretação dada à garantia do acesso à justiça prevista no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal.

O objetivo do presente trabalho foi verificar os fundamentos da legitimação democrática do Poder Judiciário.

Para tanto, no que diz com o aspecto metodológico, foi desenvolvida pesquisa com caráter jurídico-teórico, por se basear no conceito, interpretação, aplicação e reflexos de institutos jurídicos já analisados pela doutrina.

Foram abordados elementos e utilizados procedimentos de natureza jurídico-sociológica, ante a preocupação com a facticidade do Direito, enquanto fator de transformação da realidade social. Cuidou-se, pois, de se ter em conta o papel político do Poder Judiciário, especialmente desenvolvido quando este promove a inclusão social mediante o controle e implementação de políticas públicas.

Foi empregada ainda uma abordagem jurídico-propositiva, com a tentativa de se formular proposta para a interpretação dos institutos estudados.

Para tanto, por método predominantemente dedutivo, foram abordados, o papel do Direito Constitucional na judicialização da política, as técnicas pertinentes à forma de defesa dos direitos sociais; os fundamentos e as características da atuação do Poder Judiciário no modelo constitucional do processo

Foram utilizados entendimentos doutrinários relacionados ao tema, adotando-se como marco teórico a doutrina processualista, no que se refere à ideia fundamental de justiça social pela jurisdição.

Assim, foram abordados os fundamentos que norteiam a atuação do Poder Judiciário na contemporaneidade, com enfoque para o processo e seus escopos sociais e políticos. Necessária, ainda, se fez a análise da natureza do processo como

instrumento para o exercício e consecução da função jurisdicional para demonstrar que a tutela jurisdicional, no modelo constitucional de processo, vai além do escopo jurídico de solução dos conflitos por meio da aplicação dos direito, devendo ser também tutela apta a realizar as opções políticas e os valores trazidos pela Constituição.

Por fim, foram apontadas, resumidamente, as conclusões derivadas do estudo do tema proposto.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL E SEUS ESCOPOS

A jurisdição é instituto fundamental do direito processual em torno da qual gravitam os demais institutos da ciência processual como a ação, a defesa e o processo, este verdadeiro instrumento de atuação da função jurisdicional, do qual ela depende para existir no plano concreto. Assim é que, a legitimidade do poder do Estado no exercício da jurisdição está intrinsecamente ligada ao processo.

A ideia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui um fator de aproximação do processo à política (DINAMARCO, 2009, p. 98), de maneira que, não há como falar em atuação por meio do processo jurisdicional despida de manifestação política, seja para a consecução de finalidades propriamente jurídicas, seja para finalidades sociais.

Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual a partir da sua análise histórica, isto é, da abordagem da sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas” (MARINONI, 2012, p. 22).

Ainda, o advento do Estado Constitucional traçou novos parâmetros para a função jurisdicional, por primeiro porque quebrou o paradigma de que os direitos constitucionais fundamentais dependem da lei para instaurar um novo modelo em que a lei deve estar em conformidade com os direitos fundamentais. Como decorrência disso, temos num segundo momento uma atuação jurisdicional mais comprometida

com a Constituição e, destarte, muito mais produtiva quanto aos valores sociais de hoje.

Na linha tradicional do direito processual civil, tem-se a ideia de que jurisdição é função estatal destinada a promover a justa composição da lide, a pacificação social mediante a atuação do direito material. É este aspecto que, num primeiro momento, distingue a função jurisdicional das demais funções do Estado.

“Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2009, p. 315).

Ainda, com a doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 155):

[...] podemos dizer que 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. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito subjetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.

105

Deste conceito de jurisdição, podemos extrair duas de suas características que mais nos interessam no tocante à atuação do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional: as características de substitutividade e imperatividade.

A primeira justifica-se pela conhecida vedação à autotutela imposta pelo Estado aos indivíduos, proibindo-lhes de realizar a justiça pelas próprias mãos diante dos conflitos de interesses, de modo que o único caminho autorizado para a sua resolução é o processo.

Destarte, ao monopolizar o exercício da jurisdição, surge para o Estado o dever de prestar tutela jurisdicional e, porque as partes não podem agir por si, os juízes agem em nome delas, substituindo-as. É dizer, o Estado substitui, imparcialmente, com uma atividade sua a atividade dos titulares dos interesses em conflito, dizendo ou satisfazendo o direito no caso em concreto.

Como desdobramento do exposto, e passando a análise da segunda característica, podemos afirmar que a substitutividade leva à compreensão da

imperatividade.

O poder conferido ao Estado pressupõe a obediência dos jurisdicionados à solução apresentada pelo Poder Judiciário ao conflito posto em juízo. Utilizando-se desse poder, os juízes podem fazer cumprir rigorosamente suas decisões.

Como se dá em todos os setores do exercício do poder estatal, o juiz atua no processo de modo inevitável, o que significa que a efetividade de suas decisões não deve depender da boa-vontade dos sujeitos envolvidos (disposição a obedecer) nem de sua prévia disposição a aceitar resultados futuros. O processo não resulta de qualquer acordo de vontade entre os litigantes e, para ter início, basta a iniciativa de um deles (DINAMARCO, 2009, p. 38)

A atuação da atividade jurisdicional é ato de autoridade que decorre do exercício de uma função de Estado e que impõe, portanto, sujeição daqueles que dela se valem.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que, havendo o conflito de interesses, não podem os titulares do(s) direito(s) envolvido(s) impor uns aos outros a sua decisão, devem, outrossim, ser substituídos pela vontade do Estado-Juiz e curvarem-se à sua decisão que definirá o caso concreto e conformará a norma a ele aplicável. Este é um dos aspectos do princípio do acesso à justiça esculpido constitucionalmente no art. 5º, LXXV e que fundamenta a tutela jurisdicional resultante do processo.

Mas isso não basta para explicar a função jurisdicional.

No Estado contemporâneo a jurisdição vai além. A substituição da vontade das partes pela vontade do Estado que decide imperativamente condiciona-se aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. O próprio princípio do acesso à justiça alçado à categoria de direito fundamental garante que a jurisdição deve prestar, por meio do processo, tutela jurisdicional apta a realizar as opções políticas e os valores trazidos pela Constituição.

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfarestate* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos [...]. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que

pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 12)

Assim, podemos avançar afirmando com base no raciocínio já explanado que a evolução do direito processual civil a partir do constitucionalismo atribui à jurisdição mais de um escopo, isto é, além do escopo de pacificação social mediante a aplicação da lei (com nítida finalidade social e jurídica, respectivamente), a função jurisdicional deve preocupar-se com a realização dos objetivos e fundamentos traçados pela Constituição Federal para o Estado (escopo político), pois jurisdição é também Estado.

O processo passa a ser visto como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado como reflexo da tomada de consciência de que a Constituição Federal, fundada na dignidade humana (OLIVEIRA e BRITO, 2011, p. 343).

E é isso que se coloca como ponto central para que sejam dadas as devidas respostas às perguntas acerca da efetivação de direitos sociais ou implementação de políticas públicas por meio do processo.

Como expressão do poder, a jurisdição é função do Estado e, como em toda função, o seu exercício está associado ao “cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica” (MELLO, 2010, p. 29).

Destarte, a atividade jurisdicional tem implicações com a estrutura política do Estado.

Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como um poder, percebe-se que sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas (DINAMARCO, 2009, p.181).

Não se quer dizer com isso que se despreza a importância dos demais escopos da jurisdição ou que a atividade jurisdicional deixa de ser uma atividade de conformação da lei, mas que vai além, para culminar na reconstrução axiológica do

texto legal diante do caso em concreto e em função da Constituição Federal.

Note-se que ao juiz, é dada a incumbência de proteção dos direitos individuais, coletivos e sociais, fundamentada na interpretação teoria dos direitos fundamentais, na teoria dos princípios e na técnica da interpretação conforme a vontade constitucional.

Isso implica a adoção de novos métodos de julgamento, novas formas de aplicação do direito e uma nova concepção do próprio direito.

Sobre métodos de julgamento e formas de aplicação do direito, tem-se que a subsunção, tida anteriormente como método precípua de aplicação da lei e consequente solução de conflitos, não mais atende às necessidades dos conflitos que atualmente se põem à apreciação do Judiciário.

“Assim, de mero meio de aplicação da lei, o processo passou a ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” (SOARES e MASSINE, 2010, p. 198).

A subsunção, como mecânica verificação de tipicidade entre fatos e descrições legais, perde sentido e efetividade quando a simples investigação do conteúdo dos textos legais depende de um valorativo exercício mental do juiz, que deve analisar as palavras da lei sempre à luz das disposições constitucionais.

De maneira geral, aliás, a figura do intérprete se encontra cada vez mais valorizada e a doutrina jurídica se apressa em formular uma hermenêutica que confira mínimo regramento à atividade interpretativa.

Essas tendências apresentam relações íntimas com a nova concepção do direito: o chamado pós-positivismo, que representou uma mudança no paradigma tradicional do direito, pela influência de uma nova doutrina jurídica, atenta ao aspecto material da lei e à efetiva implementação dos valores de justiça e igualdade.

A lei, na visão estritamente positivista entendida como referencial indiscutível de definição do direito, perdeu grande parte de sua mística, especialmente pelo entendimento de que o direito é distinto e não se resume à lei.

Nesse sentido é a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.179):

Na terceira fase do Estado de Direito – Estado de Direito Democrático –, duas ideias fundamentais foram introduzidas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o

aspecto material, e não apenas formal.

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a análise do conteúdo da lei e seu cotejo com as disposições constitucionais e as exigências sociais, deixando de figurar a lei como instrumento privilegiado tão somente por sua forma.

É nesse sentido que se põe a expressão ‘desmistificação da lei’, utilizada por Jacques Chevallier, em referência à tendência de desmistificação da vontade geral contida na lei, dogma fundante dos Estados de Direito, concebido inicialmente por Jean Jacques Rousseau.

Repita-se, pois, o fenômeno de alteração dos contornos da legalidade contemporânea está intimamente ligado a outras tendências, tais como as de constitucionalização do direito, de incremento da força normativa dos princípios, de utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais e de superação da concepção estritamente positivista do direito.

Por certo, essas tendências, à primeira vista ligadas ao direito material, trazem sérias consequências à jurisdição e ao processo, meio e modo pelo qual se exerce a jurisdição.

O panorama geral é este: valorização da Constituição e de seu intérprete, instrumentos mais flexíveis para solução dos conflitos (princípios e cláusulas gerais) e concepção não positivista do direito.

Assim, segundo nos parece, o quadro apresentado resultaria inevitavelmente, como de fato resultou, naquilo que se convencionou chamar ativismo judicial.

A expressão *ativismo judicial* é aqui utilizada em sentido amplo, “que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações [...] em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados [...]” (RAMOS, 2010, p. 110).

O ativismo, na acepção ampla que se adota, portanto, representa postura interpretativa dinâmica, que permite à jurisdição evoluir de uma condição de passividade em face das disposições legais para uma atuação de permanente valoração e crítica da legislação, à vista do interesse de solução justa dos conflitos e aplicação

adequada do direito (fenômeno, como já afirmado, distinto e mais abrangente do que a lei formal).

No tocante aos direitos sociais, este fenômeno denominado ativismo revela o escopo político do processo, na medida em que o Poder Judiciário está vinculado à concretização dos direitos fundamentais sociais. É dizer, a jurisdição deve, quando necessário, garantir que o Estado oferte aos cidadãos as mínimas condições de sociabilidade e dignidade.

Esses desdobramentos da função jurisdicional, por certo, tem relação com o pensamento que concebe os direitos sociais como plenamente exercitáveis, raciocínio estruturado sobre as teorias de força normativa da Constituição e de seus princípios.

O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Juntamente com a evolução da jurisdição e de seus escopos apresenta-se a evolução do processo como método de atuação da função jurisdicional, que resultou na concepção contemporânea acerca da sua instrumentalidade, seja no tocante ao seu aspecto conceitual, seja naquilo que diz respeito ao seu modo de ser.

Essa evolução do processo para a fase instrumentalista permite reconhecer que sua importância está em seus resultados, e como consequência disso José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 14) afirma que o legislador constituinte, ao perceber essa circunstância fundamental, “estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional”.

Assim é que o processo passa a ser visto como mecanismo para se alcançar um fim, legitimar a atividade jurisdicional e viabilizar a atuação do Estado-Juiz na tutela dos direitos segundo uma dimensão traçada pela Constituição Federal. Ao representar a garantia dos cidadãos de acesso ao Poder Judiciário, possibilita a participação popular no poder e na reivindicação da concretização dos direitos fundamentais (MARINONI, 2012, p. 475).

Sob a perspectiva do constitucionalismo e do pós-positivismo “o processo é instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados” (DINAMARCO, 2009, p. 63) e condutor da exteriorização de sua vontade perante todos os seus destinatários.

Assim, considerados esses objetivos e baseado em tudo o que foi exposto acerca da função jurisdicional é possível, pois, afirmar que é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da existência do processo e demais institutos do direito processual e que caracteriza o fenômeno da publicização do processo.

É dizer, como os publicistas, que o processo visa à consecução de finalidades públicas que condicionam e justificam a sua existência e a forma como ele se desenvolve.

Isso porque a atual concepção de interesse público nasce com o Estado Social e fundamenta-se no bem comum. Nesse sentido:

É também a concepção presente na Constituição do Brasil, de 1988, que adota os princípios do Estado Social de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e confirmado no artigo 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos [...]; além disso, no título VIII, a Constituição coloca como base da ordem social o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça sociais (art. 193) [...]. (PIETRO, 2010, p. 209).

111

“O interesse público perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos” (PIETRO, 2010, p. 208), além de revelar a preocupação com a dignidade do ser humano, sendo, por isso mesmo universal.

Esse novo horizonte quanto à função jurisdicional do Estado repercute, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 87) nos três pilares em que se assenta o direito processual civil. Quanto ao processo a consequência disso é que ele deixa de ser tão somente um instrumento que veicula o direito de ação para apresentar-se como uma relação jurídica de interesse público, preordenada a ser o meio de participação social através da justiça.

Nessa linha é possível concluir que a produção da vontade do Estado por meio do processo está condicionada, seja na sua formação, seja no seu resultado, aos preceitos do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição Federal.

Nesse contexto, o processo deve ser entendido como técnica que

busca garantir que o equilíbrio entre “fins” (os “escopos do processo”) e “meios” (o “modelo constitucional do processo civil”) seja adequadamente alcançado. É ele, como método, como técnica de manifestação do Estado que garante o indispensável equilíbrio entre “autoridade” e “liberdade” e bem realiza, por isso mesmo, o modelo de Estado Democrático de Direito que, para voltar ao ponto de partida, justifica-o e, mais do que isso, o impõe (BUENO, 2012, p. 426).

Discorrer acerca do modelo constitucional do processo é discorrer sobre o seu modo de ser conforme a Constituição Federal, como ela quer que o processo seja. E mais, é analisar se o ordenamento processual infraconstitucional encontra-se em consonância com os valores inscritos na Constituição e se tem condições de concretizá-los.

O processo, nesse diapasão, deve concretizar os valores e ideologias que a Constituição pretende sejam realizados. É esta concepção que deve nortear, portanto, o legislador e o juiz na criação, interpretação e aplicação do direito por meio do processo. “O processo existe para ser vir ao homem e não o homem para servir ao processo” (SOUZA, 2005, p. 41).

Há, ainda, um aspecto importante a ser considerado e que deve ser esclarecido em razão da opção epistemológica desta pesquisa no que diz respeito ao processo.

Tendo como eixo central a Constituição Federal, o estudo constitucional do processo envolve, de um lado, a tutela constitucional do processo, representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele e que, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 194) “trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país”.

De outro lado, temos a jurisdição constitucional das liberdades, que se traduz nos instrumentos para o exercício de uma função jurisdicional voltada para a efetividade dos preceitos contidos na Constituição. Nesse diapasão, a própria Constituição prevê procedimentos jurisdicionais diferenciados, dispõe sobre o modo de ser do processo e das instituições que desempenham as funções essenciais da justiça.

Para a compreensão do modelo constitucional do processo como corolário da

atividade jurisdicional é preciso compreender e aceitar que a Constituição Federal, com sua força normativa, deve ser o fio condutor para as decisões judiciais dos casos em concreto, até mesmo sobrepondo-se à lei, se necessário.

“A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que em mais de cinco séculos de existência produziu pouca democracia e muita miséria” (STRECK, 2012, p. 90).

Atuar o processo à luz da Constituição é superar o paradigma positivista e prestigiar a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais e sociais, inclusive mediante o controle da atividade legislativa e administrativa em matéria de políticas públicas.

ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Sob um prisma periférico, porém não sem importância, o acesso à justiça decorre da vedação à autotutela e traz, como consequência, o dever de manifestação por parte do Estado Juiz acerca daquilo que foi posto à apreciação.

Está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual nada pode impedir que os jurisdicionados sejam ouvidos em juízo, por meio do processo, mecanismo estatal para a solução dos conflitos. É direito subjetivo ao processo. É, destarte, “poder ou direito exercido perante o Estado” (BEDAQUE, 2010, p. 235), pois garante a todos o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Analisado sob o prisma teleológico, o acesso à justiça pode assumir vários contornos e apresentar desdobramentos e consequências que poderiam ser analisados considerando vários aspectos jurídicos, de direito material ou processual, inclusive com enfoques privatistas, como bem pontua o professor Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p.21/33).

Especificamente sob o enfoque da judicialização de políticas públicas, não se pode deixar de constatar que a evolução quanto à interpretação acerca do princípio do acesso à justiça decorre do Estado Constitucional, isto é, da força normativa da Constituição Federal.

Portanto, a jurisdição exerce um importante papel no controle jurídico da legitimidade do poder político. Nenhum dos Poderes está acima da Constituição (estatuto jurídico do político), de maneira que qualquer desvio jurídico-constitucional praticado por qualquer instância de poder está sujeito à fiscalização judicial (CAMBI, 2010, p. 211).

Assim é que, para a finalidade que se propõe este trabalho, o acesso à justiça deve ser encarado, não só como o direito de ingresso em juízo (de acionar o Poder Judiciário), mas também como garantia constitucional de efetivação de direitos e conformação da lei e da Constituição, desta principalmente.

Nesse sentido:

O que determina a atuação do Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, é a salvaguarda pró-ativa do bem comum. E, nesse sentido, a tese substancialista afirma que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista. Não se trata de judicialização da política e das relações sociais, mas do cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988.

Esta tarefa, entretanto, não é uma opção do Poder Judiciário, mas decorre de ato soberano e constitucionalmente vinculado (CANELA JUNIOR, 2011, p. 77).

Reconhece-se, destarte, legitimidade ao Estado-juiz para participar das escolhas e opções políticas feitas no âmbito da gestão da coisa pública, legitimidade que resulta da postura ineficiente do Poder Público na concretização dos direitos, atraindo para o processo os conflitos políticos.

A ampliação acerca da interpretação do conteúdo do princípio do acesso à justiça, para incluir a apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário, também conhecido como judicialização da política “não toma a palavra política no sentido partidário, até porque a atuação dos partidos políticos se desenvolve, precipuamente nos Parlamentos, segundo o ideário e os programas adrede estabelecidos em seus atos constitutivos [...]” (MANCUSO, 2012, p. 76).

A desconfiança popular nos Poderes Executivo e Legislativo leva a crer que o Poder Judiciário, independente e neutro, estaria mais habilitado a corrigir as falhas do

processo democrático, bem como não seria tão influenciado com as contingências e alternâncias de poder.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 76) o acesso à justiça passa a englobar a discussão de controvérsias envolvendo as diversas políticas públicas desenvolvidas e implementadas pelo Estado, permitindo a intervenção do Poder Judiciário no âmbito de atuação da Administração Pública em matéria de direitos sociais.

Portanto, o acesso à justiça deve ser analisado sob a ótica da normatividade legal e principiológica da Constituição Federal, com o objetivo de justificar o exercício da função jurisdicional e o dever de manifestação do Estado, principalmente no tocante ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, ponto central da atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas.

É dizer, com Carolina Estrela de Oliveira Sacchi e Sérgio Tibiriçá Amaral (2013, 265) que o ativismo judicial se revela como uma nova forma de relacionamento entre os órgãos dos poderes, sendo consequência da instituição do Estado Social, sendo medida necessária para a concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, o que se considera aqui é o acesso à justiça sob a perspectiva de acesso à ordem jurídica justa, o direito de acesso à justiça como direito a uma justiça composta por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 135).

Nessa perspectiva se insere um sistema processual apto a proporcionar tutela jurisdicional que atenda aos escopos da jurisdição por meio do processo, ou seja, do acesso à justiça como forma de acesso a efetivos resultados, não só jurídicos, mas também sociais e políticos.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 745/746), ao analisar o acesso à justiça sob a ótica política, menciona como tendências políticas do processo a universalização da tutela jurisdicional, com maior participação da população na vida do processo, a informação como forma de consciência e a formação de uma nova figura sócio-política, que é o magistrado cidadão, ou o jurista cidadão. E conclui:

Tal é o quadro do movimento bivetorial que um constitucionalista brasileiro moderno identificou e denominou politização da Justiça e justicialização da Política. É o espelho da integração política do processo mesmo como sistema, entre as instituições do Estado e da sociedade, na sua feição e tendência moderna de repúdio ao tecnicismo tradicional e ao isolamento em relação à vida social (grifado no original).

Assim é que, a força normativa da Constituição Federal conduz o magistrado, na interpretação da norma e sua produção no caso em concreto, à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive na hipótese de omissão legislativa.

Nesse ponto é oportuna a lição de Jairo Néia Lima (2010, p. 93) a respeito da importância da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas: “a concretização da inclusão social por meio da jurisdição não alberga um juiz neutro, insensível aos problemas sociais que o Brasil enfrenta. O comprometimento com os objetivos do art. 3º da Constituição Federal afasta a ficção da neutralidade da jurisdição e do julgador”.

Compreender a lei a partir dos princípios constitucionais e direitos fundamentais é inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem de lei, representando uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador (MARINONI, 2012, p. 97).

A ampliação da atuação do Poder Judiciário é reflexo da própria expansão política do Estado e do descrédito que os cidadãos passaram a ter nos seus representantes eleitos.

JUDICIÁRIO, TEXTO E NORMA

Para o estudo do tema da interferência do Poder Judiciário na definição e implementação de políticas públicas mostra-se essencial também analisar a diferenciação sabidamente existente entre texto legal (norma em abstrato) e norma jurídica (norma em concreto).

É por demais relevante tal distinção e esta acaba por gerar consequências nas concepções e delimitações das competências constitucionais do Poder Judiciário e dos demais Poderes de Estado.

O texto legal consiste em prescrição abstrata que, dotada de sentido semântico,

a rigor, não se revela como comando concreto, norma jurídica de solução de determinado conflito, senão após o exercício da etapa de interpretação jurídica.

Praticamos a interpretação do direito não porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo não nos limitamos a interpretar e compreender os textos normativos, mas também compreendemos e interpretamos a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado. (GRAU, 2013, p. 31).

A norma em concreto somente se revela em sua completude após o exercício interpretativo formulado pelo aplicador do direito, o qual leva em conta dados variados, dentre os quais se encontram o próprio texto legal e outros elementos, tais como todas as demais prescrições do ordenamento (interpretação sistemática), as circunstâncias do próprio caso concreto e a realidade que as cercam.

A edição de ato normativo, portanto, não torna prescindível o exercício posterior a ser realizado pelo intérprete e do qual emanará, a partir do texto legal, a norma jurídica válida, vigente e pertinente a determinado caso concreto posto à análise do julgador.

Eros Grau (2006, p.30 e 40) já advertiu, em obra sobre o tema:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A 'completude' do texto somente é atingida quando o sentido por ele expresso é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. [...] Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

Revela-se, assim, a relação existente entre o Poder Judiciário, os textos legais e as normas jurídicas válidas e adequadas a cada um dos casos concretos submetidos a julgamento.

A função jurisdicional está ligada à interpretação da norma, mas tem como aspecto essencial dar efeito concreto ao conteúdo substancial do ordenamento jurídico, encontrado na Constituição Federal, em outras palavras, o juiz para conferir

sentido ao caso concreto submetido a julgamento deve estar consciente do significado do texto constitucional, já que sua tarefa é também concretizar esses valores (MARINONI, 2012, p. 11).

E é natural que a norma jurídica em concreto deve surgir do exercício reto e adequado de todos os Poderes estatais e, embora, em última instância essa seja uma função exercida precipuamente pelo Poder Judiciário, este deve respeito ao princípio constitucional da separação de Poderes.

Destarte, segundo Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (2011, p. 45), o respeito à autonomia e independência entre os Poderes estatais resulta que (e limita) a função jurisdicional à atuação do Direito, seja solucionando conflitos ou manifestando o significado do ordenamento jurídico, está sempre vinculada à Constituição e nela encontra sua legitimidade.

Entretanto, a mesma Constituição que impõe o respeito ao princípio da separação dos Poderes também exige a quebra da neutralidade política do Poder Judiciário na medida em que traça objetivos sociais e que tem como fundamento direitos que necessitam de uma prestação positiva por parte do Poder Público, exigindo, pois, que seu autêntico intérprete e construtor da norma no caso concreto possa, por meio de suas decisões, corrigir distorções e suplantar omissões quanto à efetivação desses direitos.

Os argumentos contrários à legitimidade do Poder Judiciário em matéria política baseia-se no contramajoritarismo que caracteriza a jurisdição constitucional nesse aspecto. Porém, pensamos como Lênio Streck (2012, p. 76) no sentido de que a regra contramajoritária deve ir além do estabelecimento de limites formais às maiorias eventuais, pois representa compromisso do resgate das promessas que apontam para as vinculações positivas (concretização de direitos prestacionais) e para vinculações negativas, como a proibição do retrocesso social.

Se o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente para satisfazer direitos fundamentais, garantindo a igualdade material entre os cidadãos, impondo-se a ele, portanto, uma atuação positiva de dar, fazer e prestar que permitirá a fruição dos direitos, obviamente que a função de controle do Poder Judiciário se amplia (GRINOVER, 2011, p. 26).

É importante consignar a esta altura que, a atividade de interpretação e hermenêutica desenvolvida pelo juiz no caso em concreto e que se permite chegar a norma de decisão a ele aplicada deve levar em consideração os princípios (ou técnicas/pautas/postulados) da proporcionalidade e razoabilidade.

É mediante seu emprego que se faz possível analisar se o legislador ou a Administração Pública atuou de acordo com os interesses maiores dos indivíduos ou da coletividade estabelecidos na Constituição Federal, apreciando, destarte, a razoabilidade da pretensão e a proporcionalidade da escolha/atuação do Poder Público (GRINOVER, 2011, p. 38).

Segundo Humberto Ávila (2011, p.195):

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito

119

A razoabilidade é diretriz resultante da relação entre normas gerais e normas individuais, mostrando a perspectiva adotada para aplicação da norma ao caso concreto, ou ainda, indicando as hipóteses em que o caso individual (com suas especificidades) deixa de se enquadrar na norma geral. Ela exige um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, bem como uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. A razoabilidade pode significar também equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2011, p. 195)

Ainda no exercício de sua típica função jurisdicional vinculada à Constituição, é válido que o Poder Judiciário afaste a aplicação de determinado texto normativo, por considera-lo inválido em face de todo o sistema jurídico (controle concentrado ou incidental de constitucionalidade dos atos normativos).

Observe-se que não se trata de usurpação de função de outros poderes, já que tal exercício se insere na típica competência do Poder Judiciário de dizer o direito em última instância, zelando pelo próprio sistema jurídico e em especial pela autoridade da Constituição.

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. [...]. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importante forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição (ÁVILA, 2011, p. 189).

Assim é que o juiz deve respeito aos parâmetros normativos postos pelos outros Poderes, mas deve respeito maior à Constituição, e, ao verificar afronta à lei suprema por determinado ato jurídico (normativo ou não), deve encontrar a norma jurídica adequada ao caso, num silogismo racional e fundamentado, ainda que para tanto tenha de afastar texto legal existente, ainda que seja necessário repreender medida adotada por outros Poderes de Estado.

120

CONCLUSÃO

O estudo acerca das políticas públicas e do seu controle pelo Poder Judiciário, tanto no âmbito legislativo como no âmbito da atividade administrativa permite-nos concluir que a obrigatoriedade quanto à efetivação de direitos decorre o ideal de justiça social instituída a partir dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, traçados na Constituição Federal (art. 1º) e dos objetivos da República previstos pelo legislador constituinte originário de 1988 no art. 3º.

Com base nesses preceitos concluímos que a função jurisdicional, monopólio estatal, está alicerçada sob mais de um escopo, de maneira que o objetivo da pacificação social mediante a aplicação da lei não é o único pilar a sustentar o Poder Judiciário diante da evolução do constitucionalismo. A jurisdição tem também escopos políticos e sociais que a justificam a partir do interesse público e a relacionam diretamente com a estrutura política do Estado.

É o caráter político/social da jurisdição decorrente da própria Constituição Federal que legitima o ativismo judicial.

Destarte, sendo o processo o instrumento de exercício desta função, é por meio dele que o Poder Judiciário atua (também) em matéria de políticas públicas. E esta atuação se desenvolve de forma diferente em razão do objeto/direito/interesse que se põe em juízo, se individual ou coletivo, sobretudo quanto aos limites subjetivos e objetivos das decisões judiciais em ambos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Democracia e Desconfiança**. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 16, 2012.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Vol. 1.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SACCHI, Carolina Estrela de Oliveira. **O ativismo judicial nas ações especiais de controle da omissão inconstitucional**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de (org.). *Constitucionalismo, Democracia, Procedimento & Substância*. Birigui: Boreal, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: _____ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

LIMA, Jairo Néia. **Jurisdição inclusiva: a inclusão social por meio da atividade jurisdicional**. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 13, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais**

democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ação Civil Pública.** 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 1.

_____. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. **Acesso à Justiça e Inclusão Social.** *Argumenta.* Jacarezinho, n. 15, 2011.

123

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHEIRO. Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes executórios do juiz.** São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa.** In: MARQUES NETO Floriano de Azevedo *et al.* (org.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro.* São Paulo: Atlas, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOARES, Fernanda Heloísa Macedo; MASSIME, Maiara Cristina Lima. **O processo como instrumento do Estado democrático de direito.** *Argumenta*, n. 13, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro; MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas de Saúde: Impacto da Tutela Jurisdicional de Medicamentos no SUS.** In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Políticas*

Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Birigui: Boreal, 2011

_____. **Direitos Humanos e Processo Civil.** *Argumenta*, n. 5, 2005.

STREK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

REPERCUSSÃO GERAL: UMA LEITURA CONCEITUAL E CRÍTICA

Renan Cauê Miranda PUGLIESI¹²

RESUMO

O presente trabalho consiste na investigação acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente quando analisa o pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, denominado repercussão geral. Partindo-se de seus conceitos e das previsões trazidas pelo ordenamento, pretende-se averiguar como o STF tem se comportado diante desse instituto e qual o impacto causado na sociedade. A inspiração para essa pesquisa veio justamente do momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro, em que os membros do Judiciário se mostram inconstantes na forma de sua atuação, como também as circunstâncias que cercam o instituto, com cláusulas abertas e com a aptidão para diminuir processos, se mostram propícias para uma atuação deturpada. A metodologia utilizada na formação do texto consistiu, basicamente, na pesquisa bibliográfica, no levantamento de dados, além da análise de casos concretos e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal. Através dessa pesquisa, foi possível constatar que a repercussão geral foi criada para trazer benefícios, mas é um instrumento com certa tendência a ser utilizado de forma incorreta, diante de sua complexidade e da grande exigência interpretativa que impõe. Foi possível concluir que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, profere decisões que aparentam deixar o direito em segundo plano, sendo que o impacto é catastrófico, pois afeta diversos direitos fundamentais do cidadão e traz desconfiância em relação às decisões do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Análise jurisprudencial.

ABSTRACT

This work consists on investigating about Brazilian Federal Supreme Court performance, more specifically when analyses one of the admissibility assumptions from Extraordinary Appeal, called General Repercussion. Starting with the concepts and devices brought by law, it intends to search about how the Supreme Court has behaved in front of this institute and what is the impact caused in society. The inspiration for this research came right from the current moment in Brazilian juridical planning, in which Judiciary members demonstrate themselves unstable in their acting, as also the circumstances that surrounds the institute, with open clauses and the ability to decrease the number of processes, seems to be proper to twisted actions. The methodology used to construct the text basically consisted of bibliographic

¹²

Graduado em Direito pela UENP.

search, data collection, besides the analysis of concrete cases and jurisprudence of the Supreme Court. Through this study, it was possible to note General Repercussion is a procedural tool that tends to be used in a wrong manner, due to its complexity and great interpretative job that demands. It was achievable to find the Federal Supreme Court sometimes utter decisions that seems to leave Law in a background, where in the impact is catastrophic, just because it affects many citizens' fundamental rights and brings distrust related to Judiciary decisions.

KEYWORDS: Federal Supreme Court of Brazil. Extraordinary Appeal's. General Repercussion. Jurisprudential Analysis.

INTRODUÇÃO

O estudo proposto cuidou de matéria relativa ao Direito Processual Civil, especificamente sobre o recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral, com substrato retirado da Constituição Federal, do Código de Processo Civil atualmente vigente e com uma pequena ressalva acerca do Código de Processo recentemente aprovado.

O principal enfoque foi a atuação do Supremo Tribunal Federal nas decisões envolvendo repercussão geral introduzida pela reforma do judiciário, buscando-se evidenciar que as decisões que estão sendo tomadas possuem pontos controversos, aptos a causarem um grande impacto na sociedade e na estrutura jurídica que a ela fornece suporte.

Como o pressuposto de admissibilidade da repercussão geral é um tema relativamente novo, já que, embora sua introdução formal tenha sido em 2004, sua regulamentação se deu apenas em 2007, ano em que entrou em vigência, as discussões ainda são incipientes, precisando ser melhor aprofundadas. É de se notar que, atualmente, os estudos doutrinários se encontram mais voltados à caracterização do instituto do que propriamente à representação de uma crítica bem fundamentada.

Assim, a escolha do tema partiu da necessidade de agregar elementos para iniciar uma abordagem crítica do instituto e também da própria atuação dos Ministros do STF, buscando traçar perspectivas acerca do impacto social que pode ser causado a depender dessa atuação.

Deste modo, a problematização central levantada reside na seguinte questão: como têm se dado as decisões relativas à presença, ou não, de repercussão

geral no recurso extraordinário e qual o impacto que podem gerar na sociedade?

Nessa linha, buscou-se evidenciar a importância e a atenção que deve ser dispensada a esse instituto. Diante do contexto vivenciado, marcado por uma enorme carga de processos, e o desejo por reduzi-los, e diante de um regramento constitucional e legal que permite uma vasta possibilidade de interpretações, é preciso verificar quais as tendências adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como se este tribunal vem aplicando o instituto pautado em ideais democráticos e de justiça.

A pesquisa doutrinária trouxe substrato teórico para a formulação de conceitos e parâmetros básicos, dentre noções sobre o Supremo Tribunal Federal, recurso extraordinário e repercussão geral, estabelecendo as bases da pesquisa. É com base na análise de alguns dados e da jurisprudência que as respostas almejadas pelo presente estudo vão tomando forma.

Assim, na primeira parte, buscou-se trazer conceitos acerca do Supremo Tribunal Federal e recurso extraordinário, passando a tratar, posteriormente, acerca da repercussão geral especificamente, com foco na Constituição Federal e no Código de Processo Civil em vigência, já com uma breve análise em relação ao Código que se encontra em *vacatio legis*. Na segunda parte do trabalho, num primeiro momento a intenção é ressaltar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são passíveis de influências internas e externas, distanciando-se do jurídico. Finalmente, passa-se à análise de duas situações práticas que usualmente envolvem a análise da repercussão geral, e que são passíveis de críticas no tocante às posições assumidas pelos julgadores do STF, o que fundamentará as conclusões acerca da presente pesquisa.

127

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO E REPERCUSSÃO GERAL

Inicialmente, convém destacar que o Brasil é composto de três poderes, ou funções – como se vem defendendo atualmente –, independentes e harmônicos entre si, a dizer, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em uma exposição simples, pode-se dizer que cabe ao Legislativo a confecção das leis que regulam a sociedade brasileira, possuindo atribuição, inclusive para modificação da Constituição; ao Executivo cabe a administração do Estado, aplicando recursos públicos e tomando decisões através de critérios de conveniência e

oportunidade, mas sempre respeitando os parâmetros legais; e ao Judiciário cabe a aplicação da lei, cuidando para que esta se concretize e que haja a correta subsunção do preceito normativo geral no caso concreto correspondente, ou ainda, em termos mais simples, possui a finalidade de “promover a justiça, pela aplicação da lei e da guarda aos princípios constitucionais” (MACHADO, 2011, p. 102).

Assim, o que a sociedade espera é que, diante de um conflito, o Judiciário possa intervir, interpretando e aplicando a lei da forma mais justa, de sorte a dirimir o conflito e restabelecer o convívio e a paz social.

Em uma definição um pouco mais técnica acerca do Judiciário, tem-se que este consiste em um:

[...] conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida, com exclusividade, a função jurisdicional. [...] Nesse sentido, a jurisdição é exercida diante de casos concretos, com o objetivo de aplicar a lei a um caso controvertido, mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada, operando-se, desse modo, a substituição da vontade das partes por aquela constante da sentença (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 380).

128

A substituição da vontade das partes deve ser encarada como uma das características mais importantes da atuação judiciária. A resolução dos conflitos não pode ficar a cargo das próprias partes. Isto levaria à parcialidade e ao império do mais forte sobre aquele que é mais frágil, seja em termos econômicos, psicológicos ou físicos.

A participação do Judiciário serve justamente para restabelecer o equilíbrio, deixando as partes em pés de igualdade. Afinal, uma das razões de ser do Estado é a própria regulação da situação entre os particulares, limitando suas liberdades em busca do bem comum. Aliás, não somente entre particulares. Conforme lembra Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2014, p. 22), “a solução dos conflitos é dada pelo Estado mesmo quando ele próprio é um dos envolvidos, por isso há divisão de funções das atividades estatais”.

A função judiciária nada mais é, portanto, que a guardiã do povo e suas vontades, vez que é guardiã da Constituição e dos direitos fundamentais, inclusive em face do próprio Estado, tendo em vista que esse encontra limites para atuar na própria

Constituição (MACHADO, 2011, p. 103).

Dentro dessa estrutura Judiciária, o órgão mais importante consiste, talvez, no Supremo Tribunal Federal. Este constitui o órgão de cúpula do Judiciário, além de ser incumbido acerca da iniciativa do Estatuto da Magistratura e possuir membro seu na Presidência do Conselho de Justiça (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1008).

Durante a história, foram sendo atribuídas várias funções de extrema relevância ao Supremo Tribunal Federal, o que evidencia o aumento de seu prestígio do Judiciário, em detrimento dos outros Poderes, que sofreram retrações, algo que até então não tinha se dado.

Talvez a mais marcante Constituição, em termos de Supremo Tribunal Federal, tenha sido a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, pois introduziu uma nova concepção de Poder Judiciário. Sob forte influência da doutrina constitucional norte-americana, foi outorgada à Corte a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, sendo atribuída a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, n. 3, § 1º, “a” e “b”) (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1009-1010).

Nos dias atuais, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, reflexo da inflação do Poder Judiciário, muito mais valorizado, ou talvez, “menos desvalorizado” que os outros dois Poderes.

O STF mantém a composição que teve durante boa parte de sua existência: onze Ministros, que são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, por maioria absoluta, dentre brasileiros natos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco (critério objetivo), de notável saber jurídico e reputação ilibada (critérios subjetivos) (SILVA, 2011, p. 559).

O texto constitucional, auxiliando na apreensão da relevância desse Tribunal, menciona, no artigo 102, que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”. Claro está, portanto, que a função do STF, acima de tudo, independentemente das matérias elencadas como de sua competência no referido artigo, é a proteção do Texto Magno brasileiro.

É de se notar que a Constituição estipulou que as questões mais delicadas acerca de seu próprio texto e essência, estariam sob análise e julgamento do Supremo Tribunal Federal. Tanto nas questões de competência originária em relação a alguns agentes políticos, como Presidente e Vice-Presidente da República e membros do Congresso Nacional, em que o julgamento só poderia recair sobre o Tribunal Máximo da sociedade brasileira, pela importância e representatividade que os mesmos possuem, como nas situações em que o processamento de determinadas matérias foram atribuídas aos mesmos Ministros, o que a Constituição buscou foi a proteção, guarda e repressão às violações intentadas contra seu próprio teor.

Analisando suas competências, percebe-se o tamanho de sua importância. E dentre essas funções, destaque-se o recurso extraordinário.

Este consiste em um recurso excepcional, pois é dirigido ao órgão de cúpula do ordenamento jurídico brasileiro. Estando sujeito a uma análise muito mais complexa e que demanda esforço interpretativo diferenciado, esse recurso só permite questionamentos envolvendo matéria de direito, ao contrário dos recursos ordinários, que possibilitam o reexame de matérias de fato e direito. Consiste em um instrumento processual-constitucional que visa a assegurar a verificação de eventual afronta ao texto constitucional.

Embora passe, por vezes, despercebido – pois parece não possuir a mesma repercussão que nos julgamentos de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ações Penais, por exemplo – é, talvez, um dos instrumentos processuais mais relevantes do ordenamento jurídico pátrio.

Aliás, segundo levantamento feito pelo próprio STF (2015, s.p.), o acervo de autos que tramitam nesse Tribunal, está em 51.096 processos, em 27 de junho de 2015. Desses, 35.801 autos se enquadram na classe recursal, distribuídos entre recurso extraordinário (13.985), agravo de instrumento (3.400) e recurso extraordinário com agravo (18.416). Uma quantia considerável, demandando muito mais dos Ministros que os outros institutos, evidenciando a importância e o impacto jurídico e social que podem ocasionar.

Inicialmente, é de se ressaltar que, para que esse recurso seja aceito, é preciso que ele cumpra alguns requisitos, tidos como pressupostos de admissibilidade. São

pressupostos indispensáveis para que o recurso seja conhecido, constituindo matéria de ordem pública, podendo ser verificados de ofício. Serão analisados previamente ao mérito e, caso não o sejam, impedem a análise da causa pelo Supremo Tribunal Federal (GONÇALVES, 2009, p. 44).

É preciso salientar que existe uma primeira análise por parte do tribunal *a quo*, de origem do recurso. Mesmo sendo, nesse primeiro momento, negativa a análise dos pressupostos, isso não significa que estará findo o processo, pois esse primeiro juízo não é definitivo. Nesse caso, cabe recurso para o órgão *ad quem*, no caso, o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a decisão definitiva acerca do mesmo, sob pena de usurpação de competência (FRANÇOLIN, 2006, p. 648). No caso do recurso extraordinário em específico, o recurso cabível contra a decisão denegatória da sua admissibilidade é o agravo de instrumento, dirigido ao órgão *ad quem* (instância superior), mas interposto perante o *a quo* (GONÇALVES, 2009, p. 121).

Sobre os pressupostos de admissibilidade, em si, a doutrina expõe:

Os pressupostos de admissibilidade recursal reputam-se intrínsecos quando concernem à existência, ou não, do poder de recorrer. São considerados extrínsecos, ao contrário, quando atinem ao modo de exercer esse poder. No primeiro grupo entram o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade para recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Acresce-se a esse rol, em caso de recurso extraordinário ou recurso especial, o enfrentamento da questão constitucional ou federal da decisão recorrida. No segundo, a regularidade formal da peça recursal, a tempestividade, o preparo e a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 32-33).

Não obstante a relevância de todos esses requisitos – e a especificidade do enfrentamento da questão constitucional, por exemplo – a fim de que o STF possa conhecer do recurso, aquele que possui mais relevância para o presente estudo é o cabimento.

De fato, para que o recurso extraordinário seja aceito, é preciso que a respectiva hipótese de cabimento esteja prevista entre aquelas presentes nas quatro alíneas do inciso III, alternativas entre si (BUENO, 2010, p. 286), do artigo 102 da Constituição Federal, que assim dispõem:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A alínea “a” se apresenta como a mais comum e abrangente de todas, devendo ganhar interpretação de tal sorte que o verbo “contrariar” adquira significado amplo, tornando sinônimo de violar, contrastar, infringir (BUENO, 2010, p. 287). Afinal, a intenção do legislador constitucional não era limitar tal hipótese de cabimento, mas sim, deixar ampla margem de interpretação para a melhor aplicação do instituto. Quanto maior vagueza, pressupõe-se um maior número de casos aos quais a norma constitucional se subsume, tornando a proteção constitucional, em tese, mais efetiva.

Em sua alínea “b”, está presente o exercício do controle difuso ou incidental de inconstitucionalidade, ou seja, aquele realizado por juízes e demais tribunais, diante de um caso concreto, constituindo-se, tal hipótese, em verdadeira causa de pedir do recurso, e não como pedido principal (ALVIM, 2010, p. 942). Assim, se os Ministros que integram o Tribunal Constitucional julgarem procedente o mérito do recurso extraordinário, em que se discutia sobre a correta declaração de inconstitucionalidade de determinada lei federal, a decisão impugnada será afetada, e, conseqüentemente, a respectiva declaração de inconstitucionalidade.

Em relação aos tratados, há uma redundância na norma constitucional, uma vez que estes, quando recepcionados, integram o ordenamento na categoria de lei, salvo quando tratarem acerca de direitos humanos e forem aprovados com quórum de emenda, caso em que terão *status* constitucional (ALVIM, 2010, p. 943-944).

A previsão seguinte, contida na alínea “c”, segundo a doutrina, configura, de alguma forma, algo oposto à previsão contida na alínea “b” do mesmo dispositivo. Nessa terceira alínea em análise, a possibilidade de interposição de recurso depende da constatação de que a decisão recorrida acolheu lei ou ato de governo local, isto é, emanados de governos estaduais, do Distrito Federal ou pelos Municípios, em face da

Constituição Federal. Questiona-se acerca da constitucionalidade da lei formal ou qualquer outra norma jurídica infralegal (BUENO, 2010, p. 290).

Conforme expõe a doutrina, a análise da constitucionalidade do ato normativo local se trata de questão constitucional federal, pois enseja a intervenção do STF para que analise se a norma local está ou não de acordo com a Constituição Federal (BUENO, 2010, p. 290). Se lei ou ato local está em confronto com a Constituição, e se essa é hierarquicamente superior a todas as outras normas presentes no ordenamento jurídico, a subsistência daquela lei ou ato constitui flagrante inconstitucionalidade, ensejando a interferência da Corte Constitucional.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu a alínea “d”. De início, em uma análise simplista e superficial, seria possível imaginar que haveria um equívoco do reformador constituinte, uma vez que a questão trata do conflito entre leis, o que poderia levar a supor a intervenção do STJ. Contudo, é preciso lembrar que a outorga de competência legislativas é feita pela Constituição, e, por consequência, é esta quem define se é a lei federal ou local que regulará a matéria. Assim, no confronto entre essas competências, tem-se uma questão constitucional federal, a ensejar a intervenção do Supremo Tribunal Federal (BUENO, 2010, p. 291). Esse conflito entre competências gera instabilidade entre as instituições democráticas, e a solução para tal conflito se faz presente na Constituição Federal, sendo o Supremo Tribunal Federal responsável por interpretar e dar concretude aos dizeres constitucionais.

Como se pode perceber, as hipóteses são amplas, o que a faz com que o número de processos a serem analisados seja imenso. Após a Constituição de 1988, com uma gama enorme de direitos e garantias fundamentais, o fenômeno da crise numérica agravou-se, principalmente em decorrência do sistema difuso, com um grande aumento de recursos extraordinário e consequentes agravos face ao indeferimento daquele (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1029, grifo do autor). Diante disso, o constituinte reformador entendeu que algumas mudanças deveriam ser feitas.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe muitas alterações tendentes a dar mais celeridade ao processo e a desafogar o Judiciário, dentre elas, o instituto da repercussão geral.

Com a exigência de tal requisito, verdadeiro mecanismo de filtragem recursal,

e a conseqüente redução da demanda processual sob a qual o STF fica submetido, dois interesses são resguardados a uma só vez: o interesse das partes na realização do processo, na sua resolução em tempo razoável, hábil, de forma a torná-lo realmente útil, e o interesse da Justiça, uma vez que o Supremo Tribunal Federal somente atuará quando se fizer realmente necessário para a realização da Constituição e dos fins últimos a que a sociedade almeja (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 18-19).

A Constituição passou, portanto, a mencionar tal requisito, assim dispondo:

Art. 102 [...] §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Como é possível verificar, a parte que postula a análise dos autos pelo STF em sede de recurso extraordinário deve comprovar, desde logo, que a questão constitucional discutida possui repercussão geral. A análise acerca da presença, ou não, de repercussão, vem antes da análise do mérito da causa, ou seja, do fim último a que está perseguindo. Do contrário, o processo seria analisado em sua completude e correria o risco de não ser julgado, o que não se deve admitir.

Embora haja tal previsão constitucional, é preciso ressaltar que o surgimento de tal instituto se deu apenas formalmente, vez que a própria norma da Constituição previu a necessidade de regulamentação por lei ordinária, o que apenas ocorreria em 2007, quando a Lei 11.418/06 passou a ser passível de aplicação (NASCIMENTO, 2008, p. 876). E foi essa lei que trouxe o que precisa ser verificado quando da análise da repercussão geral.

Assim, ao Código de Processo Civil foi acrescentado o artigo 543-A. Em seu *caput*, traz que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

Além de deixar claro que as previsões mais específicas sobre o tema estarão presentes naquele Código, o artigo explicita algo de grande importância, ao dizer que a decisão que não conhece do recurso extraordinário por falta de repercussão geral é

irrecorrível. Ou seja, eventual decisão controversa, pelo Supremo Tribunal Federal, que negue a presença de repercussão em determinado processo, ficará sem qualquer reapreciação, e a parte envolvida e qualquer outro interessado, direta ou reflexamente, ficará sem qualquer possibilidade de alterar o resultado final. Fica ressalvada, apenas, a defesa doutrinária pela aceitação dos embargos declaratórios, visto que a parte possui direito a uma decisão clara e coerente (NASCIMENTO, 2008, 884-885).

Já o § 1º do artigo em exame menciona que, para a verificação da repercussão geral, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Propondo-se a explicar, de forma simplificada, como se verifica a ocorrência da repercussão geral, a doutrina expõe:

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes da causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para a persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 33-34).

135

Agora, pergunta-se: como definir o que é questão relevante do ponto de vista econômico ou político? Quais questões transpassam pelos interesses subjetivos da lide? É possível criar uma fórmula geral, ou definições exatas sobre tais termos?

A resposta da última questão só pode ser “não”. Não há como se falar em fórmulas ou meios fáceis de atingir tais conceitos, a fim de aplicá-los ao caso concreto. A intenção do legislador é justamente estipular conceitos amplos, para que permitam interpretações que se adequem melhor às situações, de forma mais justa, e para que tenha amplitude de aplicação, abrangendo um grande número de situações.

A doutrina, comentando a redação do dispositivo, ressalta que:

Ressai, de pronto, na redação do dispositivo, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, o que aponta imediatamente para a caracterização da relevância e transcendência da questão debatida como algo a ser aquilatado em concreto, nesse ou a partir desse ou daquele caso apresentado ao Supremo Tribunal Federal. (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 34).

Ou seja, na hora de analisar acerca da existência ou não dos dois requisitos necessários para a configuração da repercussão geral, o Supremo Tribunal irá definir tais conceitos amplos e indeterminados, não de forma permanente e geral, mas de forma a ser específica para aquela situação, ou aquele tipo de ocorrência. O raio de interpretação dos Ministros, e isso, como se verá, acarreta muitas consequências práticas.

Importante explicar que o primeiro desses requisitos, a relevância da questão debatida, se materializa a partir da existência de questões de grande importância sob os aspectos “econômico, político, social ou jurídico”.

A doutrina reafirma que não há parâmetros certos para definir tais conceitos, mas indica que os títulos presentes na Constituição – por exemplo, o Título VI, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, ou Título VIII, que dispõe sobre a “Ordem Social” – podem trazer ao menos uma orientação, ainda que não definitiva, para a necessária interpretação da causa (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 36-37). Ainda, menciona que “basta que reste caracterizada a relevância do problema debatido em uma dessas perspectivas” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 72), caso contrário o instituto ficaria completamente esvaziado.

Já o segundo requisito diz respeito à transcendência da questão debatida, ou seja, que a questão não tenha relevância só para as partes, mas que o resultado da decisão possa causar impacto em uma parcela considerável da sociedade.

Marinoni e Mitidiero (2008, p. 37-38) indicam alguns parâmetros razoáveis que podem ser seguidos:

A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para a individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas suscetíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela

questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).

Assim, cumulada a transcendência – qualitativa ou quantitativa – com a relevância – econômica, jurídica, social ou política – tem-se a presença da repercussão, o que leva o recurso extraordinário a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Acrescente-se a essas disposições o vem trazido na letra do artigo 543-B do CPC, principalmente em seus §§ 1º e 2º, pois é destes que surge o embasamento legal para a seleção de recursos representativos da controvérsia, diante de uma multiplicidade, enquanto que os outros ficam sobrestados. Saindo-se a decisão, negada a repercussão geral no recurso representativo, os recursos sobrestado se consideram automaticamente não admitidos.

Essas disposições se coadunam com a intenção do legislador, já exposta, de diminuir o número de processos a serem analisados pelo STF, possibilitando um melhor acesso à justiça por parte da sociedade.

Aqui, vale um recorte acerca do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), que se encontra em *vacatio legis* de um ano.

Esse traz grandes inovações em vários temas, não possuindo, aparentemente, grandes mudanças no que concerne à repercussão geral.

Primeiro, cabe ressaltar que o artigo 1.035, caput e §1º, copia o texto presente no art. 543-A, caput e §1º, do Código que atualmente se encontra vigente. É pontual que se ressalte isso, pois o que anteriormente foi dito, continuará válido mesmo com a vigência do Novo CPC.

Contudo, duas mudanças importantes podem ser verificadas. A primeira, constante do §3º do art. 1.035, em que consta haver repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF, o que já era previsto pelo art. 543-A, §3º, algo razoável, pois salvaguarda a segurança jurídica da população e mantém a credibilidade do Judiciário; II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; e III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Assim, algumas hipóteses específicas foram acrescentadas, hipóteses de grande relevância e que, aparentemente, limitam algumas escolhas e interpretações por parte do STF.

A segunda importante inovação está presente nos §§ 9º e 10, onde mencionam que o recurso com repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 01 (um) ano, tendo preferência sobre os demais feitos, à exceção do casos quem envolvam réu preso e os pedidos de *Habeas Corpus*. Caso não ocorra o julgamento nesse prazo, a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

Tal previsão parece ter o objetivo claro de impedir que causas de tamanha relevância e repercussão, permaneçam por anos “sob julgamento”, quase que esquecida dentre as dezenas de milhares de processos que compõem o acervo do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, frisa-se novamente que tais inovações não alteram muito o até aqui exposto, e também, *ab initio*, não ocasionariam mudanças no que se analisará a seguir, pois os parâmetros para interpretação, do artigo 1.035, *caput* e §1º, permanecem os mesmos.

138

ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CASOS PRÁTICOS

A partir de agora, passar-se-á a análise do instituto em sua aplicação prática, ou seja, de que forma o Supremo tribunal Federal tem usado da repercussão geral.

Como foi visto, tanto os preceitos constitucionais, quanto os preceitos legais – previsto no CPC, são amplos, abertos, indeterminados, passíveis de uma extensa gama de interpretações. E, por isso, há que se ter um cuidado muito grande quando da sua análise, interpretação e aplicação.

É preciso destacar que o STF, como órgão de cúpula que é, possui muita autonomia nas suas decisões. Não apenas por isso, mas também por ser o responsável direto pela melhor interpretação da Constituição, é possível vislumbrar uma maior amplitude de poder nas mãos dos onze Ministros que compõem o Tribunal.

Além disso, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal, embora seja parte integrante do Judiciário, não se encontra imune ao aspecto político em sua tomada de

decisões. Diante do vácuo de poder ocasionado pela omissão do Executivo e Legislativo, ou quando invalida os atos destes, sua atuação volta-se à construção jurídica, à mutabilidade constitucional e integração das omissões constitucionais, abrindo terreno para debates acerca de ativismo judicial, autocontenção, dificuldade contramajoritária, entre outros (BARROSO, 2011, p. 306).

É preciso destacar que as normas sempre oferecerão balizas à interpretação. Contudo, o aplicador do direito tem amplo espaço de atuação, principalmente quando se fala de Constituição. Esse intérprete, por sinal, possui papel de destaque, pois sua compreensão prévia de mundo, do Direito e da realidade imediata, irá afetar o modo como ele enfrenta o caso concreto e os valores da sociedade em que estava inserido (BARROSO, 2011, p. 310).

Ao elaborar uma decisão, o julgador atua dentro de um plano cognitivo próprio, que inclui toda essa bagagem moral e intelectual, valores pessoais e ideológicos. Tal formação pode levá-lo a desejar um resultado e buscar realizá-lo, mesmo que de forma inconsciente. Mesmo outros fatores de natureza institucional e política podem alterar o resultado de uma decisão (BARROSO, 2011, p. 427-430).

Assim, tanto fatores internos, de convicção pessoal, como fatores externos, de pressões políticas e por parte de grupos econômicos, comoção social, interferências da mídia, vastidão de processos por julgar – alguns que perduram há muitos anos – e a repercussão negativa que isso atrai, todos esses fatores podem influenciar na decisão.

E isso não é diferente quando se trata de repercussão geral. E mais, por vezes pode ser até mais recorrente, tendo em vista o grande número de recursos extraordinários e a menor atenção que é dispensada a este em face de outros julgamentos, como, por exemplo, o caso do “Mensalão” – Ação Penal 470.

Tal fato ficará evidente da análise de casos que se fará a seguir.

DA OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO

Faz mister, inicialmente, expor que desde o começo da aplicação do instituto, segundo site do STF (2015, s.p.), 796 processos foram analisados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo submetidos ao exame acerca da repercussão geral. Desses, 546 tiveram sua repercussão geral reconhecida, cerca de 68,59%; 5 estão em análise,

ou seja, 0,63%; e nada menos que 245 processos, 30,78%, continham temas com repercussão geral negada. Dentre esses últimos 205, cerca de 83,67%, foram rejeitados em razão de se tratar de matéria infraconstitucional, ou seja, a violação seria à lei, às normas hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, havendo um problema de legalidade, e não propriamente de constitucionalidade.

Aqui, vale ser feita uma ressalva. Uma norma infraconstitucional, enquanto não houver correspondente manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, se presume constitucional. Nesse sentido, se ao analisar um caso, constatar-se que há violação à lei, presumidamente constitucional, há de se admitir que talvez haja violação à própria Constituição Federal, em razão da própria característica do sistema, em que todas as normas devem se justificar e se mostrar condizentes com os preceitos constitucionais.

Tal constatação faria surgir, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CF, possibilidade de a parte propor recurso extraordinário em se tratando de legislação infraconstitucional? Apesar de a resposta parecer, inicialmente, positiva, não é o que a jurisprudência amplamente dominante do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado.

Bueno (2010, p. 288) já avisava sobre a necessidade de ofensa “direta” e “explícita” que a jurisprudência vinha exigindo para que o recurso extraordinário fosse conhecido. Aliás, é o que diz a súmula nº 636 do STF, de 24/09/2003: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Assim, caso o recurso esteja pautado em decisão que atribuiu certa interpretação à norma infraconstitucional, o STF não poderá dele conhecer, pois teria que analisar as normas infraconstitucionais e a interpretação dada a elas, algo que fugiria às atribuições do Tribunal, afinal, a este cabe apenas defender os preceitos e exercer controle sobre interpretações da norma constitucional. Não haveria, nessa situação, ofensa direta à Constituição, mas somente por via oblíqua, reflexa, de forma mediata, se tornando desnecessária a atuação dos Ministros.

Tal previsão sumular parece ser razoável diante da função precípua da Corte Constitucional. Contudo, e com a máxima vênias às opiniões contrárias, inclusive da

jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, tal conceito parece conter algumas falhas, vez que abarca todas as situações e todas as normas constitucionais como se fossem as mesmas, como se possuíssem as mesmas características, e tivessem sido elaboradas com os mesmos fins. E essa não é sua melhor exegese.

A Constituição de 1988 é prolixa. Possui caráter mais do que meramente orientador para as outras normas, se apresentando como verdadeira reguladora direta de situações concretas. E, como não poderia deixar de ser, os Códigos e legislações pátrias seguem os mesmos parâmetros, o que leva a crer que essa é muito mais uma característica própria do Brasil, que um método legislativo específico que foi adotado.

Pois bem. Com uma infinidade de leis que buscam prever, expressamente, todas as situações, as lacunas aparecem. Afinal, a partir do momento que uma previsão normativa é editada para a supressão da lacuna legislativa, pode ocorrer que esta não seja suprida e muitas outras serem criadas, pois os intérpretes sempre estão a buscar novas visões, de forma a se adequarem às suas necessidades.

Com tantos métodos de integração de lacunas, e todas as formas de interpretação que a hermenêutica jurídica se esforçou em sistematizar, ainda assim o “método legislativo” se apresenta como mais atraente, sobrepujando métodos mais práticos que, de fato, não são muito característicos do jurista brasileiro.

Essa constatação importa porque, nessa ânsia de buscar um ordenamento jurídico mais completo possível, com a menor quantidade de lacunas, é que os legisladores infraconstitucionais, em diversas passagens das leis, acabam repetindo, na íntegra, ou com pequenas alterações de vocabulário, o texto da Constituição Federal.

Vários são os exemplos espalhados pelo ordenamento. O Código Tributário Nacional (CTN), no seu artigo 9º, inciso IV, que trata de imunidades tributárias em relação a algumas rendas, patrimônios e serviços, copiou quase que integralmente o artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal, prevendo as mesmas “vedações”. Ainda envolvendo vedações em questão tributária, o artigo 12 do CTN é reprodução integral do artigo 152 da Constituição. Em matéria trabalhista, o importantíssimo instituto da prescrição vem integralmente regulado no artigo 7º, inciso XXIV, da CF, dispensando a previsão contida no artigo 11 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), vez que esta só não se tornou uma reprodução integral dos mandamentos

constitucionais por ser mais restritiva.

Aliás, nas previsões acerca dos direitos dos trabalhadores e do Sistema Tributário, por exemplo, as previsões são prolixas e detalhistas, aptas até a dispensar maiores complementações do legislador infraconstitucional.

Nessas situações, poderia o Supremo Tribunal Federal negar o conhecimento do recurso extraordinário, afirmando inexistir repercussão geral, com base na referida súmula?

Alguns casos podem ser representativos da questão.

O julgado selecionado teve como parte Recorrente José Eymard Loguercio e Outro(a/s), e Recorridos Banco do Brasil S/A e Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ, se tratando de questão envolvendo prescrição trabalhista.

No caso em destaque, o recurso foi recusado por unanimidade, em razão de ausência de repercussão geral da questão, tendo em vista não se tratar de matéria constitucional. Cabível a citação de uma passagem de seu teor:

Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, o qual entendeu pela prescrição do direito da parte recorrente às diferenças de complementação de aposentadoria. O acórdão impugnado consignou que, por se tratar de parcelas nunca recebidas, provenientes de norma regulamentar revogada antes da aposentadoria do recorrente, ocorreu a prescrição total do direito à mencionada complementação, devendo ser aplicada ao caso a Súmula 326/TST, na medida em que a ação foi ajuizada após biênio prescricional. Desse modo, não há que se falar em contrariedade à Súmula 327/TST. [...] No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, a parte recorrente sustenta a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, alega violação aos artigos 5º, XXXVI; e 7º, XXIX, do texto constitucional. [...] O entendimento desta Corte é no sentido de que a discussão quanto à incidência da prescrição no direito trabalhista situa-se no âmbito infraconstitucional. Desse modo, configura ofensa reflexa ao texto constitucional mera alegação de violação a dispositivos constitucionais quando a controvérsia cingir-se à interpretação ou aplicação de normas infraconstitucionais, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário (ARE 697.514 RG/RO – Relator: Min. Gilmar Mendes, publicado em 14/09/2012).

Conforme se vê, ao tratar do tema da prescrição, o STF menciona que se trata, em verdade, de violação reflexa à Constituição Federal, tendo em vista que decisão atacada estaria embasada nas normas da CLT acerca da prescrição, além de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na súmula nº 326.

A mencionada súmula do TST simplesmente menciona que a prescrição bienal (aquela que se dá quando passados dois anos da extinção do contrato) se aplica em relação à pretensão à complementação de aposentadoria. Aliás, assim como no texto do dispositivo, no presente caso há envolvimento de “créditos trabalhistas resultantes das relações de trabalho”, conforme o texto constitucional, e o direito de ação correspondente.

Ainda, no presente caso, a redação do artigo 11 da CLT foi dada pela Lei nº 9.658, de 05 de junho de 1998. A redação anterior dizia prescrever em dois anos “o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo” contido na Consolidação. Com isso, quer-se evidenciar que, a norma anterior, de 1940, era substancialmente diferente da atual. Esta nada mais fez que reproduzir a norma constitucional, ainda que presentes algumas pequenas alterações.

Assim, tal fato – de haver a reprodução de texto constitucional em norma legal – não pode obstar o Supremo Tribunal Federal de conhecer de recursos envolvendo um instituto tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, e que envolve a perda da possibilidade de que o trabalhador, já possivelmente prejudicado durante a relação de trabalho, venha a postular as respectivas verbas a que tem direito.

É de se notar que o direito de crédito do trabalhador constitui verba de caráter alimentar, sendo algo imprescindível à subsistência do cidadão, em condições mínimas de existência. Tamanha não fosse sua importância, não haveria dispositivo como, por exemplo, o artigo 447, § 1º, do CLT, que garante o crédito trabalhista como privilegiado a todos os outros no procedimento de falência da empresa.

Nem a súmula do TST pode constituir obstáculo à apreciação do caso pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em última análise, aquele Tribunal interpretou a norma constitucional, de forma “direta”, e não a CLT, pois essa nada mais fez que reproduzir o dispositivo daquela.

Em decisões como a apresentada, baseadas nessa súmula, o “caráter político”

se mostra evidente, aparentando um objetivo de, simplesmente, diminuir a carga de processos analisados. Nas reproduções integrais do texto da Constituição, referida solidificação jurisprudencial deveria ser abandonada, sob pena de muitos dispositivos constitucionais ficarem sem a devida efetivação.

É a mesma situação que envolve o seguinte caso, novamente na esfera trabalhista:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes (STF. AI-AgR nº 339.862, 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello, publicado em 25/09 /2000).

Esse julgado foi paradigmático e se tornou um *leading case* sobre a questão, de tal modo que muitos julgados posteriores se utilizaram dessa mesma manifestação, inclusive com a cópia integral de seus termos, conforme pesquisa realizada através do número dos autos no *site* do STF (2015, s.p.).

É compreensível que o número de casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal todos os anos é muito mais do que onze Ministros possam analisar. Contudo, é de se ressaltar que determinados direitos mencionados são fundamentais. Apresentam-se como base para a garantia de um processo que tenha um mínimo de respeito ao Estado Democrático de Direito. Se não houver respeito à legalidade, ao contraditório e os julgados não forem motivados, a autoridade judiciária poderá decidir da forma como que bem entender. A supressão de tais princípios não só é uma grave violação a Constituição Federal, mas também a desconsideração de séculos de busca por uma sociedade mais justa e longe do totalitarismo e da miséria.

Não se está a defender que em todos esses julgados houve violação aos direitos mencionados. Contudo, a gravidade imersa nessa possibilidade é tamanha que a análise particular se mostra imprescindível.

É nesse sentido o julgado pelo Ministro Marco Aurélio:

Ementa: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-senecessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA. A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omissis o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (STF. RE 158.655/PA. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 16/08/1996, grifo nosso).

145

Embora em sentido contrário ao da Jurisprudência que posteriormente passou a prevalecer, o entendimento do Ministro se coaduna com o até agora mencionado e com os interesses da sociedade. A decisão de manutenção de um precedente por anos, causando impacto em grande quantidade de processos, sem uma análise detida de cada caso, pode causar consequências gravíssimas.

Um processo leva anos para chegar às instâncias superiores e muitos outros para atingirem a decisão final. Muitas vezes, o resultado é apenas formal, pois materialmente o direito já não se faz mais necessário ou fica, até mesmo, sem titular. Ainda mais quando se trata do ramo jurídico que tem como principal alvo proteger o trabalhador e suas verbas, reitera-se, de caráter alimentar, esse tipo de decisão genérica não se mostra compatível com o que se espera da atuação do Judiciário.

Afinal, a amenização do problema numérico visa, sobretudo, a garantir que o processo dure tempo razoável, com vistas ao interesse da população. Não há como

justificar a utilização de um instituto que foi feito para melhorar o atendimento judicial às pessoas, mas que está, em um número considerável de casos, as prejudicando.

A súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal tem trazido efeitos inversos. Consciente ou inconscientemente, alguns recursos, que trazem conteúdo de suma importância em seu teor, estão sendo obstados em razão da ausência de violação “direta” a Constituição.

Conforme se destacou, a amplitude trazida pela “matéria constitucional” fez surgir uma súmula tendente restringir seus termos. Entretanto, a interpretação sobre a norma constitucional e sua regulamentação parece não ser a mais plausível com o que se pretende de um Estado Constitucional de Direito. A aplicação, da forma como tem ocorrido, pode causar, como visto pelos dados levantados, danos irreparáveis na vida um número inestimável de pessoas, em assuntos delicados que envolvem direitos essenciais à manutenção de uma qualidade digna de vida.

146

REPERCUSSÃO GERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 é marcada pela enorme gama de direitos fundamentais expressamente dispostos em seu texto e elevados a cláusulas pétreas, ou seja, não suprimíveis (art. 60, § 4º, inciso IV). Dentre estes, têm-se os direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos (Capítulos do Título II).

Muitos dos direitos aí presentes, ressalte-se, “fundamentais”, pela importância, indispensabilidade e indisponibilidade que possuem para a existência humana, precisam de alguma atividade concretizadora, que se dá por meio da atuação hermenêutico-interpretativa.

No momento em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal realizam a análise acerca de um recurso extraordinário proposto e verificam que o mesmo preencheu os requisitos constitucionais, tratando-se de direitos fundamentais, não podem deixar de analisá-los de forma diferenciada.

Baseando-se nos dois requisitos já tratados, da relevância e da transcendência da questão, binômio apto a ditar os parâmetros da interpretação, é possível vislumbrar

que há repercussão geral em causas que envolvam direitos fundamentais. Afinal, estes são garantias mínimas que a Constituição resolveu resguardar para a existência, com dignidade, do cidadão, sendo protegidos, inclusive, como cláusulas pétreas. Portanto, inegável sua grande importância social, estando, assim, cumprido o primeiro requisito.

Em relação ao requisito da transcendência, Mitidiero e Marinoni (2008, p. 38) esclarecem:

Observa-se que eventuais questões envolvendo a reta observância ou a frontal violação de direitos fundamentais, materiais ou processuais, tendo em conta a dimensão objetiva que sói reconhecer-lhes, apresentam o princípio da transcendência. Constituindo os direitos fundamentais, objetivamente considerados, uma tábua mínima de valores de determinada sociedade em dado contexto histórico, cujo respeito interessa a todos, natural que se reconheça, num primeiro momento, a transcendência de questões envolvendo, por exemplo, afirmações concernentes a violações ou ameaças de violações das limitações ao poder constitucional de tributar, ou aos direitos fundamentais inerentes ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual.

147

O caráter dos direitos fundamentais, ao que parece, constitui, por si só, substrato suficiente para que se atenda aos dois requisitos mencionados, devendo, portanto, o recurso que contenha direitos dessa categoria ser analisado pelo STF.

É possível, na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vislumbrar recursos extraordinários que envolvam direitos fundamentais e que não foram conhecidos pela Corte, por ausência de repercussão geral, como é o caso do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 790.813, publicado em 11 de abril de 2014, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O recorrente, Instituto Juventude pela Vida, irredimido com uma publicação em revista de grande circulação nacional, de conteúdo restrito a adultos, pertencente à Abril Comunicações S/A, requereu perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, a proibição da circulação da edição de agosto de 2008, em razão de veicular determinada foto de uma atriz despida, que segurava, em uma das mãos, um rosário, motivo pelo qual argumentou que ofendia o sentimento religioso. Após o Tribunal Estadual inadmitir o seguimento do recurso extraordinário, por julgar ausente a repercussão geral, a parte agravou.

Recebido os autos pelo Ministro Marco Aurélio, ele se posicionou pela presença do requisito da repercussão geral, em razão de haver conflito entre normas de direitos fundamentais. Veja-se:

2. Eis controvérsia a ser solucionada por um Tribunal encarregado da guarda maior da Carta da República. Conforme asseverado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assentou consubstanciar censura prévia e violação da liberdade de expressão artística a proibição de circulação de revista contendo foto de mulher despida com rosário à mão. Os recorrentes alegam que atividades pornográficas não se confundem com imprensa e que a associação do rosário a imagem erótica revela abuso da liberdade de expressão e ofensa ao sentimento religioso. Presente conflito entre direitos fundamentais, compete ao Supremo definir, com vista à orientação de casos futuros, o equilíbrio adequado entre bens tão caros à Constituição e à sociedade brasileira como o são as liberdades religiosa e de expressão artística. Cabe elucidar se a jurisprudência do Tribunal acerca das garantias de imprensa é observável no tocante às publicações destinadas ao público adulto, ou mesmo se essas, por si sós, são merecedoras da tutela prevista nos artigos 5º, inciso IX, e 220 da Carta Federal. 3. Conheço do agravo e o provejo, determinando a sequência do extraordinário e reconhecendo configurada a repercussão geral.

148

Conforme asseverado, conflitos envolvendo observância ou violação de direitos fundamentais, pelas próprias características indisponíveis destes, atestariam a presença do requisito da repercussão geral. E é o que se verifica no presente caso.

A falta de uma decisão coerente, com minuciosa análise e interpretação, utilizando-se dos princípios da ponderação e proporcionalidade, pode ocasionar que um direito se sobreponha ao outro, algo que não é aceitável perante o Estado Democrático de Direito e a ordem jurídica brasileira, extremamente garantista e enaltecida de tais direitos.

O caso evidencia questões de grande relevância social e jurídica, pois se trata de um conflito de direitos essenciais, eleitos como fundamentais, e que não podem de forma alguma ser suprimidos. É o que André Ramos Tavares (2015, p. 187) chamou de “princípio da convivência dos direitos constitucionais”. Traz, também, fortíssima conotação social, por causar clamores e certa perturbação social. Afinal, se de um lado temos um direito de liberdade de manifestação pela imprensa, do outro temos o sentimento religioso, uma das vertentes mais enaltecidas dos últimos anos, por trazer à

tona grande resistência às alterações de alguns paradigmas históricos, como nas questões que envolvem a legalização do aborto, a união homoafetiva, entre outros.

Aliás, nos moldes do decidido pelo Ministro Marco Aurélio, o julgamento do referido caso estaria direcionado não só para o presente, mas teria repercussões para casos futuros semelhantes.

Contudo, tal entendimento pela presença da repercussão geral não se manteve. O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Entretanto, por maioria (vencidos Marco Aurélio e Luiz Fux, sem manifestação do Ministro Roberto Barroso), reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

De fato, já há algum tempo em que o enfrentamento de questões que envolvam religião tem sido evitado, principalmente pelo Poder Legislativo. De fato, legislar sobre essas questões envolve grande repercussão social, enfrentamento de tabus históricos, quebra de paradigmas de instituições religiosas que exercem muita influência sobre seus seguidores, que novamente tem ganhado força, enfim, uma situação nada conveniente para representantes eleitos se verem inseridos.

Em razão disso, essas questões têm chegado com cada vez mais frequência para o pronunciamento da Corte Constitucional, em razão inércia legislativa. Caberia ao Supremo Tribunal Federal o pronunciamento nesses “casos difíceis” envolvendo o sentimento religioso.

Questões envolvendo manipulação genética, células tronco, aborto, transfusão sanguíneas em Testemunhas de Jeová, todas essas questões têm suscitado, constantemente, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Legislativo insiste em não agir – apesar de ser o Poder competente para tanto – quando for preciso o enfrentamento de questões de forte conotação religiosa.

Contudo, a omissão legislativa também não se constitui justificativa suficientemente convincente para que, em casos como o apresentado, em que há o confronto entre direitos fundamentais – e geralmente, quando envolver religião, haverá esse confronto –, o Supremo Tribunal Federal também se omite, em uma atuação visivelmente política, buscando simplesmente a autoconservação.

Atuando de forma autocontenciosa e visando sua preservação, desvirtuando o

instituto da repercussão geral para utilizá-lo “a seu favor”, o Supremo Tribunal Federal pode ocasionar danos irreparáveis a sociedade, distanciando-se da confiança da população que o tinha como fonte de esperança e expoente de justiça.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber, o tema concernente a repercussão geral é complexo, envolvendo questões que tendem a sair da esfera jurídica.

Através da análise do instituto e dos casos concretos, foi possível constatar que, embora não se dê o devido destaque para a repercussão geral, esta é de grande importância para que o ordenamento jurídico possa prover soluções da forma mais breve possível para a sociedade. Contudo, suas previsões abrem espaço para uma gama enorme de interpretações, nem todas satisfatórias aos olhos da sociedade e face a Constituição Federal.

A sua previsão no Código de Processo Civil teve a função de regulamentar o instituto, sem, contudo, tirar o caráter amplo de sua aplicação. Entretanto, a abrangência dos termos deste permite que o instituto possa ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal de forma muito mais política, visando diminuir o número de processos, ou sua autoconservação, por exemplo, que propriamente jurídica.

E a situação não será alterada com a vigência do Novo Código, ainda que possua algumas regras mais específicas e um prazo para que a decisão de mérito seja publicada. O prazo de nada adiantará se a interpretação se ativer a diminuir a carga de processos e não a interpretação juridicamente mais próxima da justiça.

E é arriscado permitir que isso aconteça. Mesmo que, por enquanto, as repercussões dessa atuação sejam mínimas e discretas, o ato, em si, é atentatório à dignidade da Justiça, à Constituição, ao Estado Democrático de Direito, e causa grande prejuízo aos membros da sociedade. Ainda que em silêncio, tal fato pode ser pernicioso e abalar mais ainda um país que já não confia mais em suas instituições políticas e seus representantes no exercício do poder.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição federal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. **Código de processo civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. **Código Tributário Nacional**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 30 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 636**. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida. Disponível em
<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0636.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 326**. A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho. Disponível em

<http://www3.stf.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-326>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. **Repercussão geral**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp>>. Acesso em 29 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 697.514 RG/RO. Relator: Min. Gilmar Mendes, Distrito Federal, publicado em 14 de setembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.655/PA. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 16 de agosto de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 790.813 RG/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, Distrito Federal, publicado em 11 de abril de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR nº 339.862, Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello, publicado em 25 de setembro de 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, v. 5: recursos, processo e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 2ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário exercido pelo tribunal local. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, v. 9**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento (1ª parte)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. O recurso extraordinário e a lei 11.418 /2006: notas sobre a dinâmica da repercussão geral. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al.(coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. 2. tir. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

VESTÍGIOS DE UMA EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DE CAPPELLETTI: MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO NOVO PARADIGMA DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA

Vanessa Rui FAVARO¹³

RESUMO

Atualmente, é tendência contemporânea o empreendimento de estudos relacionados à efetividade da prestação jurisdicional, e, ao olharmos criticamente para o sistema processualístico nacional visando melhor operacionalizá-lo, devemos pensar criticamente não só no processo em si, mas nos mais variados mecanismos de ativação da justiça para a adequada pacificação de controvérsias. Neste diapasão, constata-se, cada vez mais, que as previsões legais atuais e futuras tendem a disseminar e a instituir mecanismos consensuais de resolução de controvérsia, trazendo a voga debates acerca das formas alternativas para adequada pacificação de conflitos – sejam elas endo ou extraprocessuais –, apresentando, dessa forma, um cenário fértil para reflexões com o fomento a uma verdadeira política pública de tratamento adequado de conflitos, em consonância com a “Terceira Onda Renovatória de Acesso a Justiça” de Cappelletti. Logo, embasados nessa terceira onda de acesso a justiça cappelletiana, propõe-se, uma concreta aferição da expansão do atual paradigma de tratamento adequado de conflitos, que vem alargando toda a sistemática de utilização dos meios disponíveis de ativação de justiça, seguido também da busca por uma gradual mudança cultural, em que métodos alternativos de pacificação social sejam mais valorizados e utilizados tanto pela sociedade como pelos próprios operadores do direito; demonstrando com isso, que os mecanismos alternativos de solução de conflitos passem a ganhar cada vez mais espaço, auxiliando sobremaneira na busca por efetividade da garantia constitucional de acesso a justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade da prestação jurisdicional. Política pública de tratamento adequado de conflitos. Mecanismos Alternativos de Resolução de controvérsias. Pacificação social.

ABSTRACT

Currently, the project is contemporary trend of studies related to the effectiveness of judicial assistance, and to look critically at the processualístico national system to better operationalize it, we should think critically not only on the process itself, but in various mechanisms Justice activation for proper pacification of disputes. In this vein, it appears increasingly that the current and future legal provisions tend to spread and to institute mechanisms of consensual dispute resolution, bringing a fashionable

¹³

Estudante de Pós-graduação na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

debate about alternative ways to proper pacification of conflicts - whether or endoextraprocessuais - presenting thus a fertile setting for reflections to fostering a true public policy appropriate treatment of conflicts, in line with the "Third Wave renewals of Access to Justice" Cappelletti. Soon, based on this third wave of access to justice cappelletiana, it is proposed, a concrete assessment of the expansion of the current paradigm of proper treatment of conflicts, which is expanding all the systematic use of available means of justice activation also followed the search by a gradual cultural change, where alternative methods of social peace are most valued and used both by society and by the operators themselves right; demonstrating thereby that alternative mechanisms of conflict resolution to pass to gain more space, greatly aiding in the search for effectiveness of the constitutional guarantee of access to justice.

KEYWORDS: Effectiveness of judicial services. Public policy of proper handling of conflicts. Alternativemechanisms for resolutionof disputes. Social peace.

INTRODUÇÃO

Ao tratarmos de acesso a justiça e da efetividade da prestação jurisdicional na nossa realidade social fática vigente, temos que inúmeras reformas legislativas e mesmo medidas administrativas vêm sendo tomadas como forma de alcançar – ou ao menos se aproximar –, desse valor tão caro e imprescindível ao direito, cuja falta pode ser elencada como um dos fatores ensejadores da chamada crise pela qual passa o Poder Judiciário em sua morosidade; de forma que a efetiva implementação de uma política de tratamento adequado de conflitos mostra-se essencial.

Com isso, fica evidente que merece atenção o desenvolvimento de pesquisas engajadas nessa área de atuação estatal, pois, a partir do momento em que se viabiliza a utilização de mecanismos extrajudiciais consensuais para a resolução de conflitos – nos casos em que estes sejam cabíveis, endo ou extraprocessualmente –, desonera-se, conseqüentemente, todo o sistema estatal clássico que poderá, assim, concentrar seus esforços na lides mais complexas que versam sobre direitos indisponíveis, que de fato demandem a necessidade da tradicional, exclusiva e obrigatória intervenção do Estado-juiz.

A terceira onda cappellettiana de acesso a justiça, que ficou conhecida como “Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça” – pois trazia uma concepção nova e mais ampla do direito ao Acesso à Justiça –, é a onda que prevalece atualmente no mundo,

e que ainda encontra-se em constante evolução no Brasil; de forma a trabalhar constantemente com a proposta de “novos mecanismos procedimentais” que tornem exequíveis os novos direitos que surgem cotidianamente. E, é neste contexto, que caminham os novos paradigmas de gestão e tratamento adequado de conflitos.

Em conformidade com tal afirmação, aferimos que o Conselho Nacional de Justiça editou em 2010 a Resolução nº 125, que representou importantíssimo passo na institucionalização de meios alternativos de solução de controvérsias, por meio da eleição de meios consensuais de resolução de conflitos – mais especificamente a conciliação e a mediação –, como potenciais saídas para a pacificação social efetiva e, reflexamente, para a desobstrução do acúmulo aparentemente invencível de demandas que sobrecarregam o Judiciário e acabam comprometendo a qualidade da prestação jurisdicional – com vistas a melhor operacionalizar o sistema, ao lhe conferir outras alternativas de pacificação social de conflitos. Em ato contínuo, em 31 de janeiro de 2013, acrescentou-se importantíssimo avanço ainda maior, trazido de forma contundente e ativa por uma emenda realizada na Resolução 125 de 2010, que disseminou de forma mais aberta ainda a busca por soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos; tendo como objetivo assegurar a todos o direito à solução das controvérsias através de meios adequados às suas peculiaridades e natureza; de forma que com a emenda, a primeira do ano de 2013, o estímulo à solução extrajudicial de conflitos também passou a ser intensificado. E agora, em 2015, temos a positivação de todas essas tendências apresentadas nos ditames do Novo Código de Processo Civil, que visivelmente direciona seus holofotes para tais métodos consensuais na dinâmica de tratamento adequado dos conflitos, em conformidade com a Terceira Onda Revolucionária de Acesso a Justiça, defendida por Cappelletti, em meados de 1965; quando este, iniciou o “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, que tinha por objetivo colocar em voga o tema, tentando propor soluções que se adequassem ao problema da não efetividade do referido direito.

Assim, temos que a garantia constitucional de Acesso a Justiça, tema amplamente discutido nas últimas décadas, é direito fundamental de todos os cidadãos e deve tender à máxima efetividade para a consolidação da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, diante do descontentamento popular com a falta de garantia

efetiva deste direito, faz-se necessário que o Estado promova a ampliação de meios que levem as pessoas a terem verdadeiramente acesso à justiça; e tal pesquisa destina-se a corroborar concretos vestígios de uma efetiva implementação da terceira onda revolucionária de Cappelletti; em que os mecanismos alternativos de resolução de conflitos delineiam-se como o mais viável paradigma de acesso a justiça, para melhor operacionalização do sistema.

Para isso, inicialmente traçou-se um esboço histórico acerca das Ondas Renovatórias de Acesso a Justiça de Cappelletti, partindo da garantia de acesso a justiça como um direito fundamental – considerado até mesmo um “direito natural” para alguns – até chegarmos ao novo enfoque de acesso a justiça delineado em sua Terceira Onda, que continua em constante evolução e, atualmente, mais do que nunca, passa a frutificar, já demonstrando-se visíveis os vestígios de sua implementação no nosso ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, o foco da pesquisa voltou-se para o apontamento, de fato, de tais vestígios dessa onda revolucionária cappellettiana através da implementação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos como novo paradigma de acesso a justiça, consolidador da terceira onda revolucionária de Cappelletti. Assim, pincelando tais vestígios, passamos pela Resolução 125 de 2010 do CNJ e por sua emenda em 2013 que intensificou a solução extrajudicial de conflitos e chegamos à positivação no Novo Código de Processo Civil, ora em período de *vacatio legis*.

Com isso, buscou-se, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, – através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo-indutivo –, a apreciação de tais vestígios, pela ótica das novas perspectivas para a resolução de conflitos em um sistema que alie mecanismos consensuais alternativos, para a viabilização de uma melhor operacionalização dos meios de ativação da justiça para a adequada resolução de controvérsias.

AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO A JUSTIÇA: DELINEAMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE UM NOVO ENFOQUE DE ACESSO A JUSTIÇA TRAZIDO PELA TERCEIRA ONDA RENOVATÓRIA DE CAPPELLETTI

Acesso à justiça é um tema bastante amplo – que possui previsão constitucional como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição

Federal –, sendo uma das temáticas mais debatidas dos últimos tempos, devido a sua grande relevância; de forma que o conceito de ‘acesso efetivo à justiça’ vem evoluindo constantemente devido à realidade social fática vigente, vivida no cenário jurídico brasileiro contemporâneo e Mauro Cappelletti, é valiosíssimo expoente no assunto tendo trazido com excelência maior amplitude ao tratamento de tal temática.

Nesse sentido, nas palavras de Marcelo Mazilia Cabral, Cappelletti vislumbra e aponta a magnitude e a importância da problemática acerca da eficácia de acesso a justiça que deve ser alargado para a obtenção da igualdade de todos perante a justiça. Vejamos:

A necessidade de ampliação no acesso à justiça decorre da urgência de se garantir aos indivíduos igualdade material no acesso ao sistema de justiça, circunstância destacada com acuidade por Mauro Cappelletti ao referir que “entre os problemas mais importantes, que exigem solução, em todos os países, está o problema da efetividade, da igualdade de todos perante o direito e a justiça.” (CABRAL, 2012, p. 23)

158

Assim, há hoje á uma nova concepção de acesso à Justiça, onde o Estado compromete-se a resolver litígios de uma maneira diferenciada e mais abrangente, garantindo uma solução mais simples e adequada que realmente atenda as necessidades sociais. Nesse sentido:

Acrescenta-se, ainda, que o assunto Acesso à Justiça é um dos temas mais debatidos dos últimos tempos, devido a sua grande relevância. O principal objetivo desse estudo é demonstrar que o conceito de Acesso Efetivo à Justiça vem se alterando devido à realidade vivida no cenário jurídico brasileiro. Dessa forma, nas palavras de Elisângela Nedei Marasca:

Tem-se acesso a Justiça como um dos temas mais debatidos nas últimas décadas; debates que vão desde o próprio significado de acesso à Justiça como acerca dos meios de sua obtenção e os obstáculos enfrentados. (MARASCA, 2007, p. 35)

A garantia de acesso a justiça atualmente já é constitucionalmente consagrada – como anteriormente afirmado –, e antes mesmo de se explaná-la como um direito

fundamental, importante faz-se trazer ao presente trabalho a conceituação que a enquadraria até mesmo como um “direito natural”.

Direito Natural é aquele direito que nasce com o indivíduo, aquele que existe antes mesmo da criação do Estado. O Direito Natural é inerente ao indivíduo, não é criado por um legislador, assim como é criado a maioria dos direitos existentes hoje nos ordenamentos jurídicos.

Nas palavras de Francisco das Chagas Lima Filho, que leciona nesse sentido: “O direito natural, em oposição ao direito positivo, é aquele que não foi criado pela lei, nem pelos juízes, ao suprirem as lacunas desta, nem pela sociedade, mas aquele que tem uma existência anterior e independente dos mesmos.” (2003, p. 143)

Já os direitos fundamentais são aqueles pertencentes ao ser humano, que são garantidos por norma constitucional, ou seja, para ser considerado direito fundamental é preciso que haja previsão pelo legislador do referido direito em norma constitucional.

159

Os direitos fundamentais são aqueles pertencentes ao homem jurídico – institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo. São reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui a função de editar normas jurídicas, tanto no interior de um Estado, como no plano internacional. (LIMA FILHO, 2003, p. 146)

Diante das considerações acima expostas, o direito ao acesso à justiça pode ser considerado mais que um direito fundamental, chegando a ser conceituado por alguns autores como um direito natural, vez que é inerente ao ser humano. A alegação feita é que desde os primórdios, os seres humanos buscam Justiça, mesmo que a grosso modo, e lembrando que o conceito de justiça se altera de tempos em tempos. A busca pela justiça nasceu com o homem, antes mesmo da existência da sociedade.

No entanto, é necessário que haja positivação na Constituição para que esse direito seja garantido, limitado e gozado da maneira mais abrangente possível, pois esse direito é a base diretriz para a eficácia de todos os demais direitos existentes. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente conhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um

alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (2002, p. 13)

O Direito Fundamental de Acesso à Justiça tem previsão legal no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que possui a seguinte redação: “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

É inegável que o direito de Acesso à Justiça seja considerado um princípio constitucional dentro do ordenamento jurídico, pois ele possui um conceito tão básico e ao mesmo tempo tão amplo, que passa a servir de parâmetro para apreciação de outros direitos, com a finalidade de atender a essa própria garantia.

Nas palavras de Sérgio Alves Gomes: “princípios constitucionais são normas jurídicas fundamentais que servem de sustentação às regras constitucionais, bem como aos princípios e regras infraconstitucionais, compondo com este um todo denominado ordenamento jurídico.” (GOMES, 2001, p.68)

Assim, devem os intérpretes buscar sempre realizar uma interpretação das leis que busque a efetivação do direito à uma ordem jurídica justa. A efetivação dessa garantia é a base para se consumir todos os demais direitos existentes, vez que é através do Acesso à Justiça, que será possível postular os demais direitos que estão sendo descumpridos. Nesse sentido, preleciona Elisângela Nedel Marasca. Vejamos:

Finalmente, precisa ser garantida a eficácia do acesso à Justiça como norma constitucional e ser exigida dos intérpretes; uma interpretação que conduza ao entendimento de que o acesso à Justiça é um instrumento essencial para a realização efetiva da Justiça. É, portanto, um valor sem o qual o ser humano não vive, não sobrevive, pois é somente por meio dele que o cidadão poderá reclamar qualquer outros direitos que estejam sendo violados. (MARASCA, 2006, p. 42)

Devido a sua extrema relevância, viu-se que o direito de Acesso à Justiça é tratado por norma constitucional e tem caráter de direito fundamental. E pode-se ir além, acesso à Justiça é um autêntico princípio constitucional que deve servir de base para a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, acesso à justiça é verdadeiro principio constitucional

fundamental, um direito fundamental que deve nortear a interpretação constitucional e servir com diretriz para a atividade interpretativa. Influenciando assim, todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei até a necessidade de se franquear opções para sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária. (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53)

Dessa forma, conclui-se que Acesso à Justiça, indiscutivelmente, é uma garantia fundamental, e deve ser considerado como base para a interpretação de todos os demais direitos existentes no ordenamento jurídico. E indo mais além, alguns autores consideram referida garantia como um direito natural.

Esse direito, hoje, tão discutido e presente na sociedade jurídica brasileira, e em todo o mundo de uma maneira geral, nem sempre teve tanta relevância e positivação nos ordenamentos jurídicos.

Determinado assunto começou a ser profundamente discutido, mais ou menos, no ano de 1965, quando deu-se início ao Movimento Universal de Acesso à Justiça, proposto por Mauro Cappelletti, que teve por objetivo colocar em voga o tema, tentando propor soluções que se adequassem ao problema da não efetividade do referido direito.

Sob esse entendimento, preleciona Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “O recente despertar de interesses em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em ordem cronológica.” (2002, p. 31)

Tal movimento foi dividido em “Ondas” de Acesso à Justiça, e seu principal objetivo era proporcionar uma reforma na evolução do Direito, demonstrando que certos aspectos deveriam ser mudados devido a sua “ineficiência”.

A Primeira Onda de Acesso à Justiça se caracterizou por fornecer Assistência Judiciária para os pobres, tendo em vista que as classes menos favorecidas necessitam da Justiça da mesma maneira que as classes mais favorecidas financeiramente. Nesse sentido, leciona Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado

é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. (2002, p. 32)

Percebendo que tal instituto não estava atingindo as expectativas esperadas, que era a de garantir acesso à justiça a todas as classes sociais, países como a França, Suécia, Alemanha, Holanda, entre outros, passaram a remunerar os advogados que se dispunham a prestar serviço na Assistência. Isso ocorreu em torno da década de 60.

Uma das principais realizações da Primeira Onda foi à implantação do “Sistema Judicare”, que nas palavras de Cappelletti e Garth é:

Um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrarem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do Sistema Judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. (2002, p. 35)

162

No entanto, algumas limitações infelizmente foram encontradas nessa proposta. Este Sistema não conseguiu romper as barreiras existentes entre o pobre e o advogado, vez que não havia o contato anterior entre ambas as partes para haver o diálogo sobre quais direitos poderiam ser pleiteado em juízo. Assim, a pessoa pobre postulava apenas aquilo que era de seu conhecimento, como assuntos criminais e de Família, e todos os demais direitos que possuía, porém não sabia, não eram reivindicados. Dessa forma, não houve ainda efetividade no acesso à justiça, pois os direitos pleiteados pelos pobres eram mínimos, devido à falta de conhecimento das leis.

A Segunda Onda de Acesso à Justiça, tratou de cuidar dos Interesses Difusos e Coletivos, que até então eram esquecidos, posto que apenas os interesses particulares das partes eram levados em consideração. Porém, com o decorrer do tempo, passou a existir a necessidade de cuidar de interesses pertencentes a grupos, a pessoas em geral. O que não era possível anteriormente, pois a concepção que se tinha de processo limitava-se a um litígio existente entre duas partes, que postulavam seus próprios

interesses individuais.

Nas palavras de Cappelletti e Garth:

O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (2002, p. 49-50)

Ademais, neste mesmo sentido, Carlos Simões FONSECA, compreende que:

[...] a nova concepção do processo caminhou no sentido de alargar a proteção desses novos direitos, mediante a introdução, no ordenamento, de mecanismos que viabilizassem a defesa dos direitos chamados "difusos", acompanhando a tendência de coletivização da tutela, a partir de demandas envolvendo uma gama maior de sujeitos numa mesma ação. (FONSECA, 2009, p.40)

163

Uma das soluções propostas nessa Onda foi a Ação Governamental que objetivava a proteção de interesses públicos, porém não se tornou bem sucedida, pois na maioria das vezes a reivindicação desses direito difusos dependia de conhecimentos específicos em diversas áreas não-jurídicas, como por exemplo, contabilidade, medicina, urbanismos. Assim, o Ministério Público não dispunha de meios eficientes para garantir tais direitos.

Outra solução apresentada foi “A Técnica do Advogado Particular do Interesse Público”, que se dividiu em algumas fases, como o reconhecimento de grupos, a análise aprofundada “além dos grupos existentes” e uma solução pluralística (mista).

Nenhuma das propostas de fato solucionou efetivamente o problema dos direitos difusos e conseqüentemente o referente ao acesso à justiça como uma ordem jurídica justa, mas a junção de todas as sugestões auxiliaram na condução da reivindicação eficaz dos interesses difusos e coletivos. Dessa forma, mais um passo foi dado na evolução do real sentido de Acesso à Justiça.

E por fim, mais não menos importante, surgiu a Terceira Onda, que ficou conhecida como “Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça”, pois trazia uma concepção

nova e mais ampla do direito ao Acesso à Justiça. Essa é a Onda que prevalece atualmente no mundo, e que ainda encontra-se em constante evolução.

Nesse sentido, diz Claudio Vianna de Lima: “o movimento universal de acesso à Justiça atinge, nos dias correntes, a sua Terceira Onda, com o emprego das reais alternativas que substituam os Juízos ordinários e os procedimentos usuais.” (1994, p. 25)

Essa Onda se caracteriza pela conjuntura das duas Ondas anteriores, que trouxeram avanços consideráveis para se chegar até esse Novo Enfoque, tão importante e inovador no âmbito jurídico atual.

Assim, preleciona Cappelletti e Garth:

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas – e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. (2002, p. 67)

164

Hoje em dia, podemos dizer com segurança, que já houve um avanço considerável na área da Assistência Judiciária; já há profissionais em quantidade suficiente para atender as pessoas que não possuem condições financeiras de arcar com às custas do processo, e percebe-se que as pessoas, de uma maneira geral, já possuem mais conhecimento a respeito da reivindicação de seus próprios direitos.

Sobre “o novo enfoque do acesso à Justiça” segue dizendo: “seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas da reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.” (2002, p. 68)

Essa Onda trás idéias revolucionárias e não teme inovações radicais, propõe, dessa forma, nas palavras de Cappelletti e Garth (2002, p.69) “novos mecanismos procedimentais” que tornem exeqüíveis os novos direitos que surgem cotidianamente.

Sob a visão de Claudio Vianna de Lima:

“Novas Razões” surgem para a busca de reais alternativas aos Juízos ordinários e aos procedimentos usuais. Renova-se o apelo às formas

tradicionais da justiça de conciliação, à mediação, à conciliação propriamente dita e ao Juízo Arbitral. São formas não contenciosas, a par de Tribunais especiais, frequentemente integrados a juízes leigos. (1994, p. 21)

Assim, como já analisado anteriormente, o direito de Acesso à Justiça, que antes não tinha a devida relevância necessária no mundo jurídico, com o decorrer do tempo, foi ganhando espaço e encontra-se atualmente com um conceito mais amplo e adequado, não se restringindo simplesmente a ter “ingresso no Poder Judiciário”. Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos são o foco principal desse atual enfoque de Acesso à Justiça.

Dessa forma sugere Marcelo Mazilia Cabral:

Essa nova concepção de acesso à justiça implica sua ampliação na medida em que os meios alternativos de resolução de conflitos apresentem-se mais próximos, simples e desburocratizados, permitindo, assim, a aproximação do sistema de justiça daqueles que, não contemplados pelo sistema tradicional, não chegariam ao sistema de resolução de conflitos. (2012, p. 30)

165

E por fim, Francisco das Chagas Lima Filho diz: “acesso à justiça deve ser visto como o acesso a uma ordem jurídica justa, pois não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição do Estado, mas tornar viável o acesso à ordem jurídica justa.” (2003, p. 156)

Com isso, ocorreu a evolução histórica da garantia ao Acesso à Justiça. E essa evolução é constante, vez que referida garantia evolui junto com a necessidade da sociedade, e, conseqüentemente, hoje busca-se acesso a uma ordem jurídica justa, que atenda os anseios da população.

O novo enfoque demonstra que Acesso à Justiça não se restringe aos métodos tradicionais já existentes. Atualmente, Acesso à Justiça deve ser entendido como uma garantia mais efetiva que busca proporcionar uma solução de fato adequada para o problema proposto, dentro de um prazo considerado razoável, não acirrando os ânimos das partes e com um preço mais acessível para todos.

A proposta apresentada pela Terceira Onda do Movimento de Acesso à Justiça sugere um novo conceito de Acesso à Justiça, que não se restringe a métodos judiciais

de solução de conflitos como forma de pacificação social. Esse enfoque vem com o objetivo de demonstrar que Acesso à Justiça não pode se limitar ao ingresso em Juízo, ou a simples admissão do processo, Acesso à Justiça é muito mais que isso, é ter de fato acesso a uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, nas palavras de Claudio Vianna de Lima:

Ressalvar é preciso, ainda, quanto ao movimento, universal, de acesso à Justiça que a expressão “acesso à justiça” tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva atuação jurisdicional, com a entrega, real, da justa composição do conflito levado ao Judiciário. (1994, p. 16)

Diante do descontentamento popular com a falta de garantia efetiva deste direito, faz-se necessário que o Estado promova a ampliação de meios que levem as pessoas a terem verdadeiramente acesso à justiça, e conseqüentemente pacificação social. E a sugestão proposta é que o Estado invista em Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos, que apresentam um procedimento mais rápido, simples, informal e desburocratizado. Nas palavras do autor:

166

Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito. Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem justa significa proporcionar a todos, sem restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. (BEDAQUE, 1999, p. 151,153,158)

No mesmo sentido, preleciona Dinamarco:

O acesso a justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. O acesso à justiça é o problema ligado à abertura de vias de acesso ao processo, tanto para a postulação de provimentos como para resistência. (1987, p. 52)

Dessa forma, é necessário salientar que a sentença judicial nem sempre torna efetiva a garantia de acesso à justiça. Isto porque acesso à justiça é dar as partes uma solução que extermine o conflito tanto materialmente quanto psicologicamente, é transferir a elas um sentimento de que a justiça definitivamente foi feita. A decisão dada deve solucionar o problema de ambas as partes, à medida que uma parte insatisfeita é sinônimo de inúmeros recursos e novas ações.

Isso tudo porque, acesso à justiça é consenso, é diálogo, é solução efetiva de problemas, é dar cabo a discórdia. Entretanto, devido a morosidade do judiciário, pelo formalismo e pela burocracia existente no processo judicial, muitas vezes, por não poderem esperar o tempo que o processo demora para se concluir, as partes acabam por aceitar acordos injustos, recebendo muito menos do que de fato teriam direito, por urgência de uma solução, e muitas vezes até por sobrevivência. Nas palavras de Pasetti:

A demora na prestação da tutela acaba gerando uma prática que, infelizmente, vem se tornando costumeira na militância diária do foro; aqueles que têm algum direito violado por outrem e não possuem condições de esperar pela justiça, acabam realizando acordos muito mais favoráveis aos demandados (v.g na justiça do Trabalho, onde os reclamantes realizam acordos por valores quase que insignificantes, tendo em vista suas necessidades precípua de sobrevivência não poderem aguardar o desfecho das reclamatórias propostas) (PASETTI, 2002, p. 51-52)

167

Para se obter um Acesso a Justiça, de fato efetivo, deve-se buscar não acirrar os ânimos das partes. É preciso dedicar-se a proporcionar uma tranquilidade psicológica para aqueles que buscam soluções para os conflitos.

Nesse sentido, Claudio Vianna de Lima explica que os métodos consensuais cumprem essa premissa. Vejamos:

A solução consensual não acirra os ânimos e permite a coexistência das partes em relações continuadas, nas que se denominam INSTITUIÇÕES TOTAIS (escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos,, aldeias atc) em que há a obrigatório contacto diário com colegas, vizinhos e onde é difícil a fuga (mudança de trabalho, de escolas, de residência, de hospital). (LIMA, 1994, p. 140)

O método tradicional coloca as partes em posição de adversários, e isso acaba acirrando os ânimos das partes, instigando o sentimento de vingança. Dessa forma, métodos conciliatórios que valorizam o diálogo, acalmando os ânimos e proporcionando paz as partes são mais adequados na busca da pacificação social.

Diante do exposto, entende-se que acesso à justiça é apaziguar os ânimos, é devolver ao litigante o discernimento necessário para praticar ações que lhe tragam apenas benefícios, é instruir as partes sobre os malefícios que uma decisão inadequada pode trazer.

Dessa forma, nota-se que, atualmente, apenas através do clássico modelo jurisdicional, a garantia fundamental de Acesso à Justiça não vinha sendo cumprida em seu real sentido que esse direito merece, devido aos mais variados óbices elencados; destacando-se, dentre eles, a sentença judicial ineficaz, que não promove a pacificação entre as partes; que acaba acirrando os ânimos das partes através do método tradicional, sem cumprir de fato com o legítimo escopo de pacificação social

Percebe-se, também, que o Poder Judiciário não tem conseguido dar efetividade a garantia fundamental de Acesso à Justiça; de forma que demonstra-se necessário encarar a realidade vivida pela sociedade brasileira, e encontrar soluções que auxiliem nessa problemática. Ou seja, é preciso propor alternativas a sociedade para que esta não fique a mercê de um Poder Judiciário que, sozinho, não consegue cumprir com tal função de modo eficaz.

E com relação á crise vivenciada pela garantia de acesso a justiça devido aos vários obstáculos anteriormente apresentados, Kazuo Watanabe explica que: “a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso á ordem jurídica justa.” (1998, p.128)

Como proposta para se atingir o objetivo do presente trabalho que é fornecer acesso a uma ordem jurídica justa, e garantir da maneira mais efetiva possível o direito de Acesso à Justiça, faz-se importante incentivar a disseminação da utilização dos meios alternativos, especialmente a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, como forma de oferecer a todos o acesso à justiça de maneira real. Tais práticas

devem ser estimuladas, uma vez que contribuem para a resolução de conflitos de maneira simples, rápida e com um custo menor, e, na atual conjuntura, já temos reais vestígios de que tal paradigma começa a efetivamente ser implementado, de forma a já estarmos colhendo os frutos da Terceira Onda Renovatória de Acesso a Justiça Cappellettiana, que ao trazer um novo enfoque de acesso a justiça muito mais amplo, abriu as portas para a implementação de mecanismos consensuais de resolução de conflitos ao ordenamento pátrio brasileiro.

A IMPLEMENTAÇÃO DOS MECANISMOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS EFETIVOS VESTÍGIOS DE CONSOLIDAÇÃO DA TERCEIRA ONDA REVOLUCIONÁRIA DE CAPPELLETTI COMO NOVO PARADIGMA DE ACESSO A JUSTIÇA

Uma vez traçado o esboço da evolução do conceito de acesso a justiça, chegando a um novo enfoque bem mais amplo e completo protagonizado pela terceira onda revolucionária cappellettiana de acesso a justiça, que ficou conhecida como “Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça” passamos a trabalhar com a proposta de “novos mecanismos procedimentais” que vêm ganhando cada vez mais espaço e que tornam exequíveis os novos direitos que surgem cotidianamente; com o emprego das reais alternativas que substituam os Juízos ordinários e os procedimentos usuais.

Vestígios concretos disso tivemos com a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, que com edição da Resolução 125 do CNJ torna matéria corrente os métodos consensuais alternativos de resolução de conflitos para o tratamento adequado de litígios; bem como com a consagração do novo código de processo civil, que passa a tratar efetivamente de tal novo paradigma.

Assim, partindo do pressuposto de que cabe também ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade – de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais –, lhe é cabível também incentivar a solução de conflitos mediante outros mecanismos, nos casos em que os limites da jurisdição possam ser extrapolados no âmbito de implementação de políticas públicas.

Ao tratar da instituição dessa nova espécie de política pública judiciária,

Kazuo Watanabe defende que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser encarado como um direito de acesso à ordem jurídica justa, sendo este, aquele direito que garanta não apenas um acesso formal aos órgãos judiciários, mas o efetivo acesso a meios que permitam o tratamento e resolução adequados dos conflitos por parte do Poder Público e do Poder Judiciário. (WATANABE, p. 77, 2011).

Com isso, o autor defende a criação de uma verdadeira política pública judiciária, que ocorre não só através da judicialização dos conflitos por meio de processos, mas também através do estabelecimento de alianças com mecanismos alternativos de solução de conflitos. Assim, para este autor, temos que:

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação. (WATANABE, 2011, p. 04).

170

Este é um dos cenários que deu origem às previsões legislativas que inseriram o emprego de meios alternativos de solução de conflito no âmbito dos processos judiciais.

Nessa mesma toada, cabe ainda salientar que o Novo Código de Processo Civil, ora em *vacatio legis*, dá mostras e intui concretamente a conciliação como obrigação e etapa do processo; em estado continuo na mente do legislador a ser utilizada tanto extra quanto endoprocessualmente, como uma das formas de combater a crise de efetividade da garantia fundamental de acesso a justiça.

Nos artigos 144 a 153 ocupa-se o Novo Código de Processo Civil com uma série de previsões relacionadas aos meios alternativos de solução de conflitos. Prevê-se a inclusão de mediadores e conciliadores dentre os auxiliares da justiça, princípios que devem nortear a mediação e a conciliação, normas éticas e meios de controle para atuar dos profissionais dentre outros.

Assim, neste mesmo sentido, inúmeras reformas legislativas e mesmo medidas administrativas vêm sendo tomadas como forma de alcançar ou ao menos se aproximar desse valor tão caro e imprescindível ao direito, cuja falta pode ser elencada como um dos fatores ensejadores da chamada crise pela qual passa o Poder Judiciário.

Exatamente neste contexto, em um momento anterior, temos ainda o fato de o Conselho Nacional de Justiça ter editado a Resolução nº 125, por meio da qual elegeu os meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos, mais especificamente a conciliação e a mediação, como potenciais saídas para a pacificação social efetiva e, reflexamente, para a desobstrução do acúmulo invencível de demandas que sobrecarregam o Judiciário e comprometem a qualidade da prestação jurisdicional, enfocando também a ótica da resolutividade dos conflitos, como fator determinante da utilização destes métodos alternativos de pacificação social. Dessa forma, temos que:

A resolutividade também será elemento diferenciador; enquanto as demandas judiciais, em razão de sua quantidade e do formalismo processual, são tardias e nem sempre atendem às pretensões das partes, gerando mútua frustração e reincidência do conflito, os métodos de resolução alternativa de disputas são informais, buscam que as partes em litígio encontrem por si a solução mais adequada, reatando suas relações interpessoais, o que tende a uma alta taxa de resolutividade do caso e minimização do risco de reincidência. (SILVA JÚNIOR, 2014, p. 108)

171

Parte-se, assim, do pressuposto de que os conflitos de interesses são inerentes à natureza humana e os mecanismos jurídicos formais muitas vezes não toleram tais demandas com a brevidade necessária a dissipação dos espaços de litigiosidade.

Nesse contexto temos que a intensidade do conflito como referencial para escolha do método adequado para seu tratamento. Vejamos:

A intensidade do conflito é fator decisivo para que ele se transforme numa demanda processual capaz de despertar o interesse dos envolvidos na busca do Poder Judiciário, mesmo diante de todo o custo de tempo e riscos que isso implica; questões criminais mais graves e litígios em direito de propriedade sobre bens de elevado valor, se orientam pela máxima do custo-benefício. (SILVA JÚNIOR, 2014, p.107)

Assim, deve-se levar em consideração que mecanismos de tratamento de delitos como a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios aplicáveis não a todos os casos, e que os programas já implementados no país têm auxiliado a reduzir consideravelmente a judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Dessa forma, dentre a vantajosidade dos mecanismos alternativos de pacificação de conflitos, um preceito fundamental basilar que se deve ter em mente é que ele se constitui em uma espécie de variação benéfica que transforma as pessoas de “peças de um conflito” em “sujeitos do conflito”; de forma a possibilitar a resolução consensual das relações interpessoais. Tal fato acaba por proporcionar o resgate de cada envolvido como alguém capaz de obter acordos e estabelecer pontes, compreendendo a decisão tomada.

Das lições de Humberto Ávila (2005, p. 53), podemos abstrair que o ponto de vista a partir do qual se analisa os fatos geradores de determinado conflito de interesse, interferem sobremaneira na decisão, sendo a atribuição de valor e a dimensão da norma que regerá a decisão de suma importância, na perspectiva pela qual se analisa o conflito para pacificá-lo. Vejamos:

Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso. Além disso, a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão. (ÁVILA, 2005, p. 53)

Com isso, esse novo paradigma teria o condão de construir um acordo onde ambas as partes envolvidas sejam beneficiadas no esquema “vitória-vitória” – uma vez que altera-se a perspectiva de análise dos fatos aproximando-a sobremaneira das partes de fato envolvidas no conflito –, aumentando o leque de ofertas de métodos cooperativos em complementação ao tradicional método jurisdicional de solução de conflitos.

Destarte, com o fomento de mecanismos alternativos como a mediação de

conflitos, por exemplo, um acordo passa a não impor, necessariamente, somente perdas a uma das partes, mas o gerenciamento das opções; uma vez que a celebração de um “mal acordo” – tradicionalmente imposto pelo Estado, no caso da decisão judicial – não é interessante, pois mais cedo ou mais tarde retornará a gerar conflito. Assim recorremos novamente à ‘Teoria dos Princípios’ de Humberto Ávila, que, com sagacidade, alude ao dever de se considerar minimamente as condições pessoais dos envolvidos no conflito:

Mesmo nos atos gerais pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele no caso concreto. .(ÁVILA, 2005, p. 123)

Adentrando nessa seara de análise, podemos abstrair que, quando se cogita “anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos” (ÁVILA, 2005, p.123), há campo para mecanismos alternativos de resolução de conflito, em oposição à “regra geral” – qual seja, o tradicional método jurisdicional de solução de conflitos, classicamente consagrado –, uma vez que, ninguém conhece melhor as particularidades pessoais em jogo e as peculiaridades do caso concreto do que as próprias partes envolvidas; e, mecanismos alternativos de pacificação social como a mediação, por exemplo, possibilitam essa ótica favorecida de análise da demanda.

Eduardo Cambi (2011, p.115) traz à baila que o combate e a negação de direitos por critérios meramente formais, e, tece críticas aos métodos de coerção e restrição de direitos, apregoando a valorização do conteúdo em detrimento do apego excessivo a forma em uma teoria crítica do processo, o que também pode contribuir sobremaneira com o proposto sistema multiportas em consonância com o direito pós moderno apregoado. Assim temos que:

Portanto, o direito pós-moderno combate a negação de direitos por critérios meramente formais, privilegiando o conteúdo em

detrimento do apego excessivo a forma. Critica os métodos de coerção e restrição de acesso a direitos, baseado no império do rito, do procedimento, do acesso condicionado pela burocracia, que fazem com que o direito seja acessível tão somente àqueles que sobrevivem às armadilhas e as artimanhas criadas pelo sistema jurídico. (CAMBI, 2011, p.115-116)

Isso porque, diante de um Poder Judiciário cada vez mais moroso, devido ao excesso de processos (muitas vezes, de fácil resolução, mais que se delonga devido a todo o formalismo do tramite legal), a insuficiência de funcionários, e os recursos em abundância, o que se aponta é que permaneça no Judiciário somente aquilo que não pode ser solucionado de nenhuma forma, por outro meio.

Na perspectiva dessas modalidades alternativas de resolução de demandas o envolvido passa a compartilhar as responsabilidades pela decisão estabelecida no acordo, migrando da condição de “vítima” da decisão imposta pelo Estado – no caso em comento, pelo Judiciário – para a de corresponsável.

Portanto, ao analisarmos com profundidade as entranhas das novas perspectivas de resolução de conflitos fomentadas pela Resolução 125 do CNJ e pelo Novo Código de Processo Civil, percebemos que esta propõe, não só uma verdadeira mudança de paradigmas bem como, também a construção de um novo ideal.

Uma vez que cabe ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade – de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais –, lhe é cabível também incentivar a solução de conflitos mediante outros mecanismos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação

Em seu discurso para a posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010, o Ministro Antônio César Peluzo, teceu importantes considerações acerca do oferecimento aos cidadãos demecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos, com vistas a fomentar tais métodos alternativos de pacificação social. Vejamos:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças

e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. (PELUZO, 2010, p. 10 – grifo nosso)

Dessa forma, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça em 2010, passamos a ter importantíssimo apoio à incorporação ao sistema de meios alternativos de resolução de conflitos – inclusive extrajudiciais – que fossem facultados aos cidadãos para a pacificação social. E prosseguiu o Ministro em seu discurso:

é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses. (PELUZO, 2010, p. 10)

175

Dentre os princípios norteadores citados nesse novo paradigma trazido pela resolução, destaca-se o do *‘respeito à ordem pública e às leis vigentes’* – nos termos do §6º, do artigo primeiro da Resolução 125 do CNJ – que impõe o dever de velar para que o eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes; e, em decorrência desse pressuposto, faz-se pertinente a colocação de que “Por isso que para Rousseau, o primado da vontade geral se resolve com o primado da lei, instrumento no qual se revela a coincidência entre a vontade coletiva, a igualdade e a razão” (ALARCON, 2011, p.162).

Com isso, no mesmo sentido dos ensinamentos de Pietro de Jesus Alarcon, é que afirmamos também ser a partir do primado do respeito às leis vigentes e à ordem pública – abstraído da vontade geral, que deve guardar estreita correlação com a razão, a vontade coletiva e a igualdade –, que se tem o fundamento, também, para a

utilização do livre arbítrio entre as partes almejando a institucionalização de métodos alternativos adequados para a resolução de conflitos.

Ressalta-se ainda, além da prevalência da autonomia da vontade, também a ausência de obrigação de resultado; de forma que não deve-se forçar um acordo, jamais impondo ou tomando decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, buscar criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

Ademais, é dever dos terceiros facilitadores da resolução de conflitos que estes assegurem que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Assim, é evidente a necessidade de se buscar novos modelos de intervenção nos conflitos interpessoais, de forma a desconstituir a beligerância, transformando litígios em entendimento, uma vez que muitos dos conflitos não precisariam ser levados ao judiciário para serem solucionados.

Uma vez que uma grade quantidade de demandas reprimidas passa a não mais atender aos anseios sociais, fazem-se necessárias transformações mais amplas na vida social contemporânea, principalmente no que tange às diferentes formas dos indivíduos se organizarem, governarem a si mesmos e aos outros para dar conta da complexidade e da fragmentação da realidade social da política pública brasileira; o que guarda estreita correlação com a sistemática global da obra de Fernando de Brito Alves (2013) ao tratar de Constituição e Participação Popular.

Assevera-se, dessa forma, certas vantagens que tal novo paradigma representa para a resolução de conflitos de interesse que ao invés de serem levados aos mecanismos formais de pacificação social – cuja eficácia da decisão judicial obtida, nem sempre põe fim à discórdia –, possam ser analisados por mecanismos alternativos, em consonância com a nova política de tratamento adequado de conflitos instituído pela Resolução 125 do CNJ.

Acerca de tal oposição entre a efetividade das alternativas apresentadas para a adequada pacificação de conflitos, temos, nas palavras de Azor Lopes da Silva Júnior:

O modelo jurídico processual é adversarial, vale dizer, as partes são

colocadas em uma relação de beligerância pela conquista de suas pretensões contrapostas, enquanto o Juiz, inerte e imparcial, só falará se provocado, e nos estritos limites dessa provocação, sem se aproximar de qualquer dos envolvidos; ao contrário, na Mediação a abordagem é proativa e busca a construção de uma nova relação entre os litigantes a partir da busca das reais causas do conflito, submersas e invisíveis tal qual a base de um iceberg. (SILVA JÚNIOR, 2014, p.107-108)

Enfim, pelo exposto e levando em consideração os princípios informadores que vêm norteando essa nova sistemática sendo implementada para a adequada resolução de conflitos, evidenciamos efetivos vestígio de uma concreta contribuição da Terceira Onda de Acesso a Justiça Cappelletiana, em que passamos a ter outras vias protagonizadas por mecanismos consensuais de ativação da justiça instituída concomitantemente com via judicial, que ao conjugarem métodos simples, desburocratizados, baratos e autocompositivos auxiliam no desafogamento do Poder Judiciário, bem como dão efetividade a nova concepção de acesso à justiça, fornecendo a sociedade a institucionalização de uma via alternativa de solução de conflitos a sua disposição.

177

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Por todo o exposto abstrai-se claramente que apenas através do clássico modelo jurisdicional, a garantia fundamental de Acesso a Justiça não vinha sendo cumprida no real sentido que esse direito merece, devido aos mais variados óbices elencados; destacando-se, dentre eles, a sentença judicial ineficaz, que acabava não promovendo a efetiva pacificação social ao acirrar os ânimos das partes através do método tradicional, sem cumprir de fato com o legítimo escopo de pacificação social; donde a proposta de ampliação das metodologias para ao adequado tratamento de conflitos, traz espaço para a implementação de um novo enfoque de Acesso a Justiça apregoado na Terceira onda Renovatória Cappelletiana.

Dessa forma tal proposta passou a ganhar cada vez mais notoriedade, uma vez que era preciso encarar a realidade vivida pela sociedade brasileira – com a ausência de efetividade do direito fundamenta de acesso a justiça, em toda a sua magnitude –, e encontrar soluções que auxiliassem nessa problemática. Ou seja, era preciso propor

alternativas a sociedade para que esta não ficasse apenas a mercê do clássico modelo jurisdicional que, sozinho, não consegue cumprir com tal função de modo eficaz, e a Terceira Onda Renovatória Cappellettiana, trouxe o aparato necessário para isso.

Essa Terceira Onda Renovatória de Acesso a Justiça de Mauro Cappelletti, que ficou conhecida como “Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça” – pois trazia uma concepção nova e mais ampla do direito ao Acesso à Justiça –, é a onda que prevalece atualmente no mundo, e que ainda encontra-se em constante evolução; de forma a trabalhar constantemente com a proposta de “novos mecanismos procedimentais” que tornem exequíveis os novos direitos que surgem cotidianamente. E, é neste contexto, que caminham os novos paradigmas de gestão e tratamento adequado de conflitos na realidade social fática vigente no Brasil.

Isso porque, com relação à crise vivenciada pela garantia de acesso a justiça – devido aos vários óbices anteriormente apresentados – evidenciamos que a problemática do acesso a justiça não pode ser enfrentada apenas nos tímidos limites dos órgãos judiciais existentes, que, constataadamente não conseguem, sozinhos, darem conta de toda a demanda existente frente aos novos contornos que a garantia fundamental de acesso a justiça tem ganhado; uma vez que não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas sim de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa.

Deste modo, como proposta para se atingir o objetivo do presente trabalho – que é fornecer acesso a uma ordem jurídica justa, e garantir da maneira mais efetiva possível o direito de Acesso à Justiça –, faz-se importante incentivar a disseminação da utilização de mecanismos alternativos pautados no consenso, especialmente a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, como forma de oferecer a todos o acesso a justiça de maneira real, tal qual disseminado por Cappelletti

Tais práticas devem ser estimuladas, uma vez que contribuem para a resolução de conflitos de maneira simples, rápida e com um custo menor. E devem elas ser amplamente disseminada, uma vez que métodos autocompositivos contribuem para a resolução de conflitos de maneira eficiente, uma vez que tais mecanismos de solução de controvérsias são uma alternativa complementar à via judicial, limitando-se a tratarem dos direitos ditos disponíveis; demonstrando que para a adequada pacificação

social, cada tipo de conflito possui um método alternativo que pode melhor se adequar aos interesses das partes.

Como vestígios de uma efetiva implementação dessa Terceira onda Renovatória de Cappelletti, trouxemos que o Conselho Nacional de Justiça editou em 2010 a Resolução nº 125, que representou importantíssimo passo na institucionalização de meios alternativos de solução de controvérsias, por meio da eleição de meios consensuais de resolução de conflitos – mais especificamente a conciliação e a mediação –, como potenciais saídas para a pacificação social efetiva e, reflexamente, para a desobstrução do acúmulo aparentemente invencível de demandas que sobrecarregam o Judiciário e acabam comprometendo a qualidade da prestação jurisdicional – com vistas a melhor operacionalizar o sistema, ao lhe conferir outras alternativas de pacificação social de conflitos. Ademais, em 31 de janeiro de 2013, acrescentou-se importantíssimo avanço ainda maior, trazido de forma contundente e altiva pela emenda à Resolução 125 de 2010, que disseminou de forma mais aberta ainda a busca por soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos; tendo como objetivo assegurar a todos o direito à solução das controvérsias através de meios adequados às suas peculiaridades e natureza; de forma que com a emenda, a primeira do ano de 2013, o estímulo à solução extrajudicial de conflitos também passou a ser intensificado. E agora, em 2015, tivemos a positivação de todas essas tendências apresentadas nos ditames do Novo Código de Processo Civil, que visivelmente direcionou seus holofotes para tais métodos consensuais na dinâmica de tratamento adequado dos conflitos.

Dessa forma, temos que a efetividade da prestação jurisdicional é, há tempos, um dos maiores objetivos para os que se debruçam ao estudo da jurisdição e tal Resolução, bem como o Novo Código de Processo Civil, representou um importantíssimo passo na busca de maior efetividade da prestação jurisdicional, sendo responsável por instituir uma política nacional de conciliação no Judiciário brasileiro, como uma importante forma de assegurar – nos termos da exposição de motivos da própria Resolução 125 do CNJ –, um tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses; buscando organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo

mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação, sejam elas judiciais ou extrajudiciais (que passaram a ser fomentadas mais veementemente, também, após inclusão de emenda a essa resolução, realizada em 2013).

Assim, esse novo enfoque vivenciado através da Terceira Onda do Movimento de Acesso à Justiça demonstra que a efetividade dessa garantia depende de uma solução que de fato ponha fim ao litígio tanto materialmente quanto psicologicamente, seja dentro ou fora do judiciário, e que a solução seja dada dentro de um prazo considerado razoável, com custos acessíveis a todas as classes sociais, buscando ainda, não acirrar os ânimos das partes, para que ajam de forma consciente e benéfica, para que o litígio tenha definitivamente um fim, proporcionando um sentimento apaziguador e satisfatório, e como via reflexa, atenda o escopo magno do Direito, a pacificação social.

Diante do explanado, mostra-se que tal novo paradigma que passa a se delinear, deve ser acompanhado também de mudanças na cultura da sociedade como um todo; que, alavancada pela ampliação dos meios de ativação da justiça reconheça e sinta uma maior efetividade, de fato, da garantia fundamental de acesso a justiça consagrado no artigo 5, XXXV da Constituição Federal.

Temos assim, que, para construir uma cultura de paz é preciso mudar de atitudes, crenças e comportamentos, reconhecendo no conflito um trampolim para o desenvolvimento, buscando, nem sempre, a sua eliminação, mas sim, modos criativos, não violentos e multifuncionais de resolvê-los. Por meio dessa técnica, as partes direta e indiretamente envolvidas no conflito tem a oportunidade de refletir sobre o contexto dos seus problemas, de compreender as diferentes perspectivas e, ainda, de construir em comunhão uma solução que possa garantir, para o futuro, a pacificação social.

Diante de todo o exposto, tem-se que o verdadeiro significado de Acesso a Justiça apresentado pelo novo enfoque é ter uma solução de fato adequada ao litígio postulado, analisando as particularidades e reais intenções das partes, é ter uma decisão dentro de um prazo considerado razoável, é não acirrar os ânimos das partes postulantes, e ainda é ter uma justiça barata, com as custas reduzidas, ou melhor dizendo, é ter acesso à uma ordem jurídica de fato justa e acessível a todos, seja pelo

método clássico, ou através de mecanismos consensuais alternativos à jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim: 2011.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros: 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em :<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BEDAQUE, José Roberto. **Garantia da Amplitude de Produção Probatória**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre:, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FONSECA, Carlos Simões. **Sincretismo Procesual e acesso à justiça**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição do Estado de Direito Democrático**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Claudio Vianna de. **Arbitragem - A Solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

2003.

MARASCA, Elisângela Nedei. **Meios Alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania**. In: Direito em Debate, XV, n. 27, 28, jan-jun/jul-dez 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/668/386>> Acesso em: 15dez2014

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. Porto Alegre: S.A Fabris, 2002.

PELUSO, Antonio Cezar. [**Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010**]. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27. STF

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., 2007.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da **A sociedade em conflito e o Estado jurídico neófobo: Núcleos de Mediação Comunitária - São José do Rio Preto, SP**. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília: 2014.

TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. **Acesso à Justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflito**. Londrina: Scientia Iuris, 2009.

WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Mateus Vargas FOGAÇA¹⁴
Fábio Ricardo Rodrigues dos SANTOS¹⁵

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo examinar a segurança jurídica na condição de princípio jurídico que contém os estados ideais de cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade como elementos estruturantes e possui os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como responsáveis por sua realização, através de comportamentos que contribuam para sua obtenção. Busca identificar se qualquer medida voltada a garantir a segurança jurídica terá pouco ou nenhum efeito prático se não cuidar do modo pelo qual tais normas são materialmente aplicadas, principalmente, das decisões judiciais. Procura identificar de qual modo o legislador optou por tratar o princípio da segurança jurídica no novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Segurança jurídica. Cognoscibilidade. Confiabilidade. Calculabilidade.

ABSTRACT: This study aims to examine the legal certainty in condition the legal principle that contains the ideal states of knowledgeability, reliability and calculability as structural elements and has the Legislative, Executive and Judiciary accountable for their achievement, through behaviors that contribute to their achievement. Seeks to identify that any measure aimed at ensuring legal certainty will have little or no practical effect if not take care of the way these rules are applied materially, Mainly of judgments. Search identify which way the legislature chose to treat the principle of legal certainty in the new Civil Procedure Code.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code. Legal security. Knowledgeability. Reliability. Calculability.

INTRODUÇÃO

Depois de tramitar por mais de cinco anos no Congresso Nacional, como resultado do esforço conjunto de inúmeros juristas, o novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105/2015, foi publicado em 17 de março de 2015 e aguarda o fim do prazo anual de *vacatio legis* para entrar em vigor. Trouxe consigo a promessa de

¹⁴ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

¹⁵ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, promovendo a unidade na aplicação do direito, de modo a modernizar a prestação jurisdicional.

Na construção do NCPC, evidentemente, foram realizadas algumas opções pelo legislador, no que tange à manutenção e adaptação de determinados institutos já conhecidos pela ordem jurídica nacional, bem como a criação e até mesmo a importação de outros instrumentos processuais existentes na experiência legislativa estrangeira. Na verdade, referidas escolhas tinham por objetivo principal tornar mais efetiva a tutela dos direitos no Brasil e promover segurança jurídica ao cidadão.

No seu conjunto, a novel legislação foi construída com bases fortemente vinculadas à ideologia constitucional-democrática, decorrente do modelo estatal estabelecido pela Constituição Federal de 1988, resultando em regras e princípios cuja clara finalidade é a operação de um modelo constitucionalmente adequado de processo, iniciado com um contraditório efetivo, passando por uma ampla defesa substancial e culminando numa fundamentação legítima e responsável das decisões judiciais, mediante o respeito ao sistema de precedentes judiciais.

Nesse sentido, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o presente trabalho analisará o conceito de segurança jurídica, na forma proposta pelo novo Código de Processo Civil, bem como os meios por ele trazidos para promovê-la em benefício do cidadão, enquanto destinatário da prestação jurisdicional.

1 DA CONCEITUAÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

O estudo da segurança jurídica ganhou maior importância no decorrer da tramitação legislativa que culminou no novo Código Processo Civil, diploma legal especialmente preocupado com o respeito aos precedentes judiciais.

De acordo com Canotilho (2012, p. 257), foi nos primórdios da sociedade que se passou a discutir acerca da segurança jurídica, em decorrência do desejo humano de possuir algum nível de certeza nas relações mantidas com os demais indivíduos e com o Estado, sem variações de fundo no decorrer do tempo. Cavalcanti Filho (1964, p. 53) considera a segurança jurídica como a própria razão do direito. Por fazer parte da própria vida humana, e ser necessária para o planejamento e condução

da vida, chega a ser tratada como elemento constitutivo do Estado de Direito (BARBOZA, 2014, p. 234).

Todavia, mesmo tendo ocorrido notável desenvolvimento dos institutos jurídicos ao redor de todo o mundo, a doutrina passou a se preocupar com a elaboração de uma clara sistematização do conteúdo da segurança jurídica, no contexto da Teoria do Direito, somente nas últimas décadas (MEZQUITA DEL CACHO, 1989, p. 17; PEREZ LUÑO, 2004, p. 29).

Em decorrência de sua imprecisão e fluidez, a segurança jurídica é desprovida de um único significado, caracterizando-se, portanto, como uma expressão plurissignificativa (FERRARI, 2009, p. 214). Tal circunstância, contudo, não justifica a realização de estudos insuficientes e inconclusivos acerca de seu conteúdo.

A multiplicidade de qualificações encontradas na doutrina, a dificultar a construção de uma definição para a segurança jurídica, é exposta por Heleno Taveira Torres da seguinte forma:

A segurança jurídica pode assumir múltiplas qualificações na ordem jurídica, como ‘exigência’, ‘princípio’, ‘garantia’, ‘fim constitucional’, e esta imprecisão revela-se na doutrina, ora referida como ‘exigência fundamental’, ‘princípio superior’, ‘princípio geral do direito’ e outros. Repete-se que *segurança jurídica* é uma expressão polissêmica e pode ser concebida como ‘fim’ do direito ou ‘função’ do Estado. Pode vir considerada como um valor suprapositivo, prévio à própria ordem jurídica, ou fundamento de legitimidade (ao gosto dos jusnaturalistas); pode coincidir com o conteúdo da certeza do direito, entendida como expressão da legalidade (positivismo); pode ser compreendida como um conceito vazio, em um modo niilista de conceber a segurança jurídica; apresentar-se como decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de construção dos seus conteúdos ou integrar-se ao conteúdo do sistema jurídico. Todas essas hipóteses de designação são conhecidas. (2012, p. 192)

Humberto Ávila (2014, p. 83-84), a propósito, denuncia ser possível encontrar conceitos inadequados de segurança jurídica com bastante frequência, em face do alto grau de parcialidade e vagueza a que são submetidos.

Segundo o autor, de um lado, ela é tratada de modo parcial ou demasiadamente específico, deixando de lado os demais significados que lhe poderiam ser atribuídos. Assim, ora é dado destaque à proteção da confiança, como

dever de determinação conceitual da hipótese de incidência, como ideal de previsibilidade ou, então como a soma de algumas de suas partes, como as garantias de legalidade, irretroatividade e anterioridade legal. Por outro lado, também ocorre de se emprestar ao conceito segurança jurídica um tratamento vago ou genérico por demais, decorrente de um estudo muito amplo, mesmo quando analisada em apenas uma ou algumas de suas manifestações, ocasionando a falta de indicação dos critérios necessários à sua aplicação prática. O resultado, evidentemente, será um conceito de conteúdo óbvio demais, tornando-o inadequado para o fim a que se propõe: resolver o problema da insegurança do cidadão (ÁVILA, 2014, p. 83-84).

Na condição de princípio de direito, é imprescindível a delimitação de suas funções e a mensuração de seu peso, pois, a depender do contexto e sob qual ângulo for analisada, poderá ela poderá colidir com outros princípios, sendo necessário encontrar aquele que terá maior relevância no caso concreto.

Demais disso, tratando-se de tema afeto aos três poderes do Estado, projetando seus efeitos por toda a sociedade, os cidadãos almejam confiar no ordenamento jurídico e calcular as consequências decorrentes das relações jurídicas por eles mantidas, razão pela qual é imprescindível o conhecimento adequado das normas.

A conceituação formulada por Humberto Ávila, em sua Teoria da Segurança Jurídica, conseguiu tratar de modo simples e sob todos os ângulos, sem deixar de lado a profundidade exigida por tema tão complexo que é a segurança jurídica, da seguinte forma:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (2014, p. 698)

Como princípio de direito, portanto, a segurança jurídica possui força normativa e tem o condão de exigir dos três Poderes do Estado a contribuição para a ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito para o cidadão.

2.1 A segurança jurídica e seus elementos estruturantes

De acordo com o conceito proposto por Humberto Ávila, além de constituir um princípio de direito, a segurança jurídica possui três elementos estruturantes, quais sejam, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade.

Antes, porém, de se proceder ao exame de cada um deles, deve ser afastada a ideia de impossibilidade de efetivação do princípio da segurança jurídica, porque pensamento de tal espécie decorre da inadequada suposição de se pretender a previsão exata do conteúdo da norma jurídica aplicável a determinada relação jurídica, de modo imutável e rígido.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 94) considera que a ideia de segurança jurídica é estreitamente ligada à noção de dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, não estará adequadamente protegida e respeitada quando as pessoas estiverem submetidas a tal nível de instabilidade jurídica que não lhes permita, segura e tranquilamente, confiar nas entidades estatais e nas próprias relações jurídicas nas quais estiverem envolvidos.

Todavia, mesmo levando-se em conta este aspecto, não é legítima a pretensão de se considerar a segurança jurídica como sinônimo de certeza jurídica, no sentido de solução prévia e abstrata para problemas de interpretação de casos específicos, como se fosse possível a apresentação prévia de parâmetros e respostas para demandas (LIMA, 2013, p. 160).

Na verdade, como bem ressalta Lucas Buril de Macêdo, uma margem de incerteza decorre da própria natureza do direito, de modo a tornar o resultado de um processo judicial sempre sujeito às variáveis dele decorrentes, como, por exemplo, o adequado exercício do direito probatório pelas partes. Contudo, tal incerteza não é relacionada com a segurança jurídica, mas com o funcionamento da instrução processual, justamente porque o princípio vincula-se à interpretação dos dispositivos

normativos e à aplicação das normas jurídicas aos fatos levados em consideração no corpo da decisão. Noutras palavras, pode-se dizer que a segurança jurídica somente opera depois de determinados os fatos sobre os quais a norma jurídica terá incidência, não em momento anterior (2015, p. 120-123).

Quando se indica a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito como elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica, está a se pregar, na verdade, *a construção racional do direito*, de modo a proteger a frustração das legítimas expectativas do cidadão, mediante o estabelecimento de requisitos materiais, não apenas formais, para a modificação de normas jurídicas extraídas do ordenamento jurídico.

Justamente porque o direito é permanentemente reconstruído pela sociedade na qual está inserido, também a segurança jurídica dele decorrente deve ser relativa, permitindo-se sua ponderação quando se chocar com outros princípios. Mais do que impedir as arbitrariedades na construção do direito, deverá ela regulamentar o modo pelo qual haverá mudança no direito, de modo a emprestar razoabilidade e coerência nos processos de criação e aplicação das normas jurídicas (MACÊDO, 2015, p. 124-125).

Há de se considerar a existência de uma mudança no modo de encarar o tema. Enquanto outrora se buscava uma certeza jurídica, como *segurança de significado*, no sentido de obtenção de uma “solução prévia e abstrata para problemas interpretativos posteriores e concretos”, na atualidade, almeja-se a existência de uma *segurança de critérios*, enquanto provedora de “parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos” (ÁVILA, 2014, p. 85).

É nessa diretriz que se considera, na atualidade, que a segurança jurídica evoluiu da condição de meramente garantidora de imutabilidade de determinadas situações, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, para a condição controladora racional das mudanças (MACÊDO, 2015, p. 127).

Do conceito proposto, ademais, pode ser extraída a existência de duas dimensões da segurança jurídica, a estática e a dinâmica. A primeira, estática, é relacionada ao problema do conhecimento do direito e sua capacidade de orientar o

cidadão, enquanto a segunda, dinâmica, trata do problema da atuação do direito no tempo, como instrumento de proteção do cidadão (ÁVILA, 2014, p. 698).

Com a reunião de ambas as dimensões do princípio da segurança jurídica, constata-se que ele busca assegurar, aquilo que Humberto Ávila denomina “*estado ideal de respeitabilidade do ser humano*, indefeso ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade, protegendo, com isso, a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro” (2014, p. 700-701).

Nesse sentido, não será concretizada a segurança jurídica, sob a ótica estática, quando o cidadão não tiver condições de conhecer o ordenamento jurídico e prever, ainda que minimamente, de qual modo serão aplicadas as normas gerais e abstratas, seja pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário (LEAL, 2013, p. 36).

Do mesmo modo, na concepção dinâmica, a segurança jurídica não será efetivada se, inalterados os textos legais, os aplicadores possuam entendimentos oscilantes abrupta e surpreendentemente a respeito de seu conteúdo, principalmente se a nova interpretação alcançar fatos ocorridos quando o mesmo órgão possuía outra visão sobre a questão (LEAL, 2013, p. 36).

189

2.1.1 A cognoscibilidade

Na condição de primeiro dos elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica, veiculando sua dimensão estática, a *cognoscibilidade do direito* pode ser compreendida como o estado ideal onde o cidadão tem a real e efetiva condição de compreender o processo de criação do ordenamento jurídico, conhecendo previamente as fontes normativas e, desta forma, razoavelmente determinar seu conteúdo semântico (MACÊDO, 2015, p. 128).

Na lição de Humberto Ávila:

Cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade. (2014, p. 699)

Tal elemento é de enorme importância para a própria confiança e respeitabilidade do sistema jurídico. As pessoas não terão condições de agir em conformidade com o ordenamento jurídico enquanto não puderem compreender as estruturas das normas que o compõem. A falta de conhecimento do direito, aliás, mais que um obstáculo à segurança jurídica, projeta seus efeitos maléficis para o próprio acesso à justiça, como há muito tempo denunciavam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 22).

A capacidade do cidadão de conhecer o ordenamento jurídico pode ser prejudicada por diversos motivos, dentre os quais podem ser destacados: a desordenada inflação legislativa, a ausência de publicação das normas gerais e abstratas, sua indeterminação ou indigesta redação, a falta de intimação, a carência ou deficiência de motivação dos atos administrativos de efeitos concretos, das decisões administrativas e judiciais, bem como a falta de uniformidade de entendimento sobre o direito do caso concreto, seja perante a Administração Pública ou o Poder Judiciário (LEAL, 2013, p. 21).

O estado ideal de cognoscibilidade, no entanto, não pode ser confundido com uma pretensão de determinação, exatidão ou certeza do direito, onde o cidadão pode entender, sem ressalvas, o conteúdo das normas gerais ou individuais. Na verdade, a cognoscibilidade refere-se à capacidade concreta (material e intelectual) de serem compreendidas as hipóteses de interpretação e os critérios necessários à atuação concreta do regramento legal (ÁVILA, 2014, p. 136; 264-265).

2.1.2 a confiabilidade

Sob a ótica estática, o princípio da segurança jurídica tem a *confiabilidade*, ou estabilidade, como mais um de seus elementos constitutivos. Ao contrário do que possa sugerir, todavia, ela não prega a imutabilidade do direito (WAMBIER, 2012, p. 13), mas a segurança do movimento (ROCHA, 2009, p. 168).

De acordo com Humberto Ávila (2014, p. 699):

A confiabilidade significa um estado de coisas em que o cidadão pode saber quais são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam frustrados. Essa confiabilidade só existe se o cidadão

puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.

Não se trata da imutabilidade ou àquilo pejorativamente tratado como *petrificação do direito*. É, na verdade, a salvaguarda das posições jurídicas conquistadas pelo indivíduo, bem como de continuidade da ordem jurídica, mediante regras de transição e cláusulas de equidade. Trata-se, portanto, da estipulação de diretrizes destinadas ao controle da transição do direito do passado ao do futuro, de modo estável ou racional, sem abruptas alterações (ÁVILA, 2014, p. 138).

Havendo conhecimento de que o direito necessita evoluir, principalmente para sua adequação à dinâmica da evolução social, deve-se assegurar a existência de padrões jurídicos balizadores das mudanças (MACÊDO, 2015, p. 130). Nesse sentido, a confiabilidade contém em si uma determinada flexibilidade para admitir alteração do direito, de acordo com critérios previamente estabelecidos, levando-se em conta a própria necessidade de estabilidade, o que salvaguarda o controle jurídico, sob a ótica da racionalidade da mudança (CABRAL, 2013, p. 289).

Segundo Humberto Ávila (2014, p. 305), para ser confiável, o direito deverá permitir ao cidadão saber quais as mudanças que poderão ocorrer, bem como aquelas que são vedadas, para não haver frustração de suas legítimas expectativas. A propósito do tema, Lucas Buril de Macêdo bem esclarece a função da estabilidade frente à injustificada mudança do direito:

A estabilidade, portanto, não quer dizer que a imutabilidade do direito, mas sim o rechaço à mudança desprovida de critérios, por sua perigosa afronta à liberdade e à dignidade das pessoas. Com efeito, a estabilidade garante uma força *prima facie* ao direito estabelecido, dificultando a mudança, que passará necessariamente por um maior esforço argumentativo, além do respeito às posições firmadas e à confiança legitimamente gerada, para que se possa ter uma modificação juridicamente conforme ao princípio da segurança jurídica. É dizer, as razões para a modificação do direito devem ser tão boas que justifiquem mais do que a própria solução adotada: é necessário que sejam boas o suficiente para justificar o rompimento da estabilidade. (2015, p. 132)

A estabilidade, enquanto elemento dinâmico do princípio da segurança jurídica, normalmente é associado a diversos institutos, como o da coisa julgada, prescrição, decadência, ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, usucapião e, ainda das regras de preclusão e de proteção da confiança (CARVALHO, 2014, p. 259).

Nestes termos, com esteio nas lições de Augusto Cesar de Carvalho Leal (2013, p. 24), dificultam a obtenção do estado ideal de estabilidade, por abalarem a credibilidade do direito enquanto instituição ou frustrarem as situações jurídicas consolidadas dos cidadãos que desenvolveram suas atividades com base no direito então vigente, as seguintes situações: a reiterada alteração da Constituição, da lei, de ato normativo ou de entendimento jurisprudencial ou administrativo; a criação de obstáculos ao acesso à justiça, à independência do Judiciário, à universalidade da jurisdição ou à obtenção do devido processo legal; a criação de normas gerais e abstratas com efeitos retroativos, abalando a confiança legítima, os prazos prescricionais ou decadenciais já consumados ou atinjam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; o advento de decisão judicial, em controle concentrado, que declare a inconstitucionalidade de lei aparentemente válida, com efeitos retroativos, embora, com base nela, inúmeros atos foram praticados, de modo que a reversão de seus efeitos torne-se mais dificultosa que a própria manutenção dos efeitos da lei declarada inconstitucional.

No mesmo sentido, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 474-475), a violação ao princípio da proteção da confiança, com a possibilidade de eventual supressão ou mesmo a redução de direito adquirido, teria como consequência a inconstitucionalidade de todas as medidas que viessem a atingir de maneira redutiva os avanços prestacionais já galgados.

É nesse sentido, aliás, que Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 112-113) aponta para a violação do direito fundamental à segurança jurídica, que fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito, na hipótese de ocorrer retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Também são obstáculos à estabilidade do direito, segundo Leal (2013, p. 24): a anulação judicial ou a revogação administrativa, de ato ou decisão administrativa

com base no qual o seu beneficiário por longo período confiou e pautou sua conduta, com efeitos retroativos; a modificação judicial ou administrativa de entendimentos consolidados, com aplicação retroativa da nova orientação, afetando as relações jurídicas dos cidadãos que legitimamente embasaram suas condutas no entendimento superado; as decisões judiciais e os atos e decisões administrativas que atinjam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; a superveniência de normas causadoras de retrocesso social, mediante as quais se verifique a restrição dos direitos sociais.

2.1.3 A Calculabilidade

O terceiro elemento estruturante do princípio da segurança jurídica, também em sua ótica dinâmica, é o estado ideal de *calculabilidade*. Nele, o cidadão possui, em alto nível, a condição de prever e mensurar os limites estreitos e minimamente variáveis de como será aplicado no futuro o direito hoje vigente, permitindo-lhe, efetivamente, elaborar planos para sua vida e traçar os caminhos para o seu alcance.

Não se trata de *total capacidade de previsão* das consequências das condutas humanas, o que corresponderia à certeza absoluta, à previsibilidade do direito. É, na verdade, a *alta capacidade de previsão* das consequências jurídicas dos atos e fatos pela maioria das pessoas, permitindo a elas “antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas” (ÁVILA, 2014, p. 139-140).

Na medida em que possibilita o razoável conhecimento das alternativas interpretativas, a calculabilidade permite ao cidadão mensurar os riscos decorrentes dos negócios jurídicos nos quais está envolvido ou pretende se envolver, inibindo o exercício arbitrário do poder. Sob a ótica argumentativa, ademais, assegura que, para a tomada de decisão administrativa ou judicial diversa daquela atualmente aplicada, o futuro aplicador terá de se desincumbir de forte ônus argumentativo (MACÊDO, 2015, p. 134).

Assim, para Humberto Ávila:

A calculabilidade significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que

aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, o que só ocorre quando o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consciência definitiva será aplicada. (2014, p. 700)

A calculabilidade não impede, em absoluto, a mudança do direito. No entanto, a surpresa do cidadão quanto às mudanças no ordenamento jurídico podem e devem ser minimizadas através da postecipação da entrada em vigor da nova legislação, permitindo a adaptação dos indivíduos e a própria reorganização social. É por esta razão que “as normas de grande impacto na sociedade geralmente preveem um regime jurídico de transição ou contém uma regra prevendo um período de *vacatio legis*” (MACÊDO, 2015, p. 135), como é o caso do novo Código de Processo Civil.

O estado ideal de calculabilidade do direito projeta seus efeitos para além da atividade legislativa do Estado, pois também atinge a administração pública e o Poder Judiciário.

Assim, quando o legislador adota um critério de diferenciação entre os cidadãos, não poderá se afastar deste parâmetro no futuro sem que existam fundadas razões para tanto. De igual modo, a atuação da administração pública não deverá ser abruptamente alterada sem que existam adequadas justificativas para a mudança. A atividade jurisdicional, da mesma forma, não poderá oscilar de modo a, caprichosamente, para dar tratamento diverso a mesmas questões fáticas ou jurídicas, tampouco demorar sem razão para dar a resposta final ao caso que lhe foi apresentado (LEAL, 2013, p. 26-27).

No sentido ora proposto, podem ser indicadas as seguintes circunstâncias como redutoras do nível de calculabilidade do direito: as drásticas alterações das normas gerais e abstratas ou dos entendimentos judiciais e administrativos consolidados sobre determinado tema, sem se assegurar um prazo adequado entre a mudança e o início de seus efeitos, ou a previsão de regras de transição ou outros modos capazes de diminuir os prejuízos decorrentes da modificação; a falta de

unidade na aplicação do direito pelos diversos órgãos judiciais e administrativos; a morosidade dos processos judiciais e administrativos; a edição de normas jurídicas veiculadoras de retrocessos nos direitos sociais, reduzindo o nível de proteção social dos cidadãos (LEAL, 2013, p. 29).

As lições do Ministro José Augusto Delgado seguem o mesmo raciocínio:

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

Uma vez delimitados os contornos de cada um dos componentes da estrutura, passa-se a identificar os responsáveis por sua realização no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, com vistas a compreender a sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil.

195

2.2 A segurança jurídica e os responsáveis por sua realização

Da exposição antes realizada acerca das vertentes estática e dinâmica do princípio da segurança jurídica, pode-se constatar que a primeira almeja a *segurança do direito*, enquanto a segunda busca a *segurança pelo direito*. Ambas, contudo, precisam andar juntas para o princípio verdadeiramente existir: “‘segurança de existência e de vigência’ sem ‘segurança de aplicação’ não é segurança jurídica [...] ou a segurança jurídica é inteira ou não é segurança jurídica” (ÁVILA, 2014, p. 352).

É evidente que as faces estática e dinâmica devem ser apreciadas levando em consideração qual o verdadeiro impacto que as normas jurídicas produzirão na vida dos cidadãos. Nesse sentido, mais do que no plano das abstrações jurídicas, o foco da investigação deve ser o da concretização das normas jurídicas na vida do cidadão (LEAL, 2013, p 36), justificando-se a opção, no presente estudo, pelo âmbito das decisões judiciais, como se verá adiante.

É de Jorge Amaury Maia Nunes (2010, p. 96) a afirmação segundo a qual a segurança jurídica funcionaria como um modo de controle das expectativas decorrentes dos atos da administração estatal, em seu mais amplo sentido, pois o Estado de Direito contém ínsita em si a tendência de salvaguardar o máximo de previsibilidade.

Em decorrência de tal raciocínio, a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade veiculadas pela segurança jurídica *devem ser* extraídas não somente dos atos derivados do Poder Legislativo, mas também dos oriundos do Poder Executivo e, primordialmente, do Poder Judiciário (DI PIETRO, 2009, p. 297), como já indicava Humberto Ávila em seu conceito antes apresentado.

Dentre as atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo, a primordial delas é a de orientar o futuro, construindo normas gerais e abstratas destinadas a regular um sem-número de pessoas e situações, mediante tratamento uniforme aos cidadãos. Todavia, a legislação tem atentado contra a segurança jurídica, causando problemas de cognoscibilidade, quando produz leis indeterminadas e complexas; de confiabilidade, quando torna as leis instáveis ou restringe situações já consolidadas ou atinge expectativas asseguradas; de calculabilidade, quando modifica a legislação de modo brusco e sem observar a necessidade de coerência na forma de desenvolvimento do próprio ordenamento jurídico (ÁVILA, 2014, p. 172-173).

O Poder Executivo, dotado de função fundamentalmente concretizadora dos mandamentos legais, por vezes contraria a disposição legal e até mesmo edita atos administrativos em geral causadores de embaraço à segurança jurídica, reduzindo a cognoscibilidade do direito, ao contrariar a disposição legal, impedindo o cidadão de saber qual ato estatal deve observar. A confiabilidade também é abalada em razão da necessidade de posterior revogação ou anulação de atos administrativos contrários à lei. De igual modo, a calculabilidade é afetada quando não são estabelecidas regras de transição quando da mudança de entendimentos administrativos veiculados em atos interpretativo (ÁVILA, 2014, p. 173).

De sua parte, o Poder Judiciário tem sua atividade voltada ao passado, decidindo sobre questões discutidas pelas partes em momento anterior, muito embora

os efeitos de sua atuação possuam condições reais de projetar seus efeitos também para o futuro (LUCCA, 2015, p. 341; MELLO, 2008, p. 264).

A atividade jurisdicional também tem desprestigiado o princípio da segurança jurídica, na medida em que impede a cognoscibilidade do direito pelo cidadão, quando fundamenta inadequadamente suas decisões e quando seus diversos órgãos proferem decisões antagônicas. A confiabilidade do direito é afetada, por sua vez, quando um entendimento jurisprudencial consolidado é modificado sem que sejam impedidos os efeitos retroativos da decisão. A falta de suavidade das alterações de entendimentos judiciais e a ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico, a seu turno, são capazes de afetar a calculabilidade do direito (ÁVILA, 2014, p. 174).

Acerca do tema, são valiosas as ponderações Lênio Luiz Streck:

197

Todavia, nesse momento, aparece, como um sintoma, algo que está recrudescido no imaginário gnosiológico dos juristas: a ideia de que a “liberdade de decisão do juiz” está ligada a uma ideia de responsabilidade subjetiva dos julgamentos que profere. Algo como dizer que o-juiz-constrói-sua-decisão-a-partir-de-uma-simbiose-de-razões-e-sentimentos que são apenas seus (vale dizer, um juiz solipsista - um *Selbstsüchtiger*). Ora, dizer que o juiz decide conforme sua consciência retira o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário.

São as autoridades estatais responsáveis pela aplicação da norma geral e abstrata aos casos concretos que causam impacto concreto na vida dos cidadãos. O conteúdo de tais atos estatais poderão ter conteúdo significativamente variável, razão pela qual toda e qualquer medida tendente a garantir a segurança jurídica no âmbito das normas gerais e abstratas terão reduzido efeito prático caso não sejam objeto de atenção os atos estatais concretos, como é o caso dos atos administrativos e das decisões judiciais (LEAL, 2013, p. 38).

Todos os poderes estatais podem ser apontados, portanto, como responsáveis pela promoção da segurança jurídica em favor dos cidadãos, mediante a prática de seus respectivos atos com vistas observar os postulados da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A constatação de que as consequências concretas na vida dos cidadãos não são inteiramente solucionadas apenas mediante a criação das normas gerais e abstratas leva a compreender, como bem o faz Augusto Cesar de Carvalho Leal (2013, p. 38), que toda e qualquer medida voltada a garantir a segurança jurídica terá pouco ou nenhum efeito prático se não cuidar do modo pelo qual tais normas são materialmente aplicadas, ou seja, através dos atos administrativos e, principalmente, das decisões judiciais.

Rodolfo de Camargo Mancuso, a título ilustrativo, aponta com bastante precisão para o problema, quando aborda a questão da garantia da igualdade *na lei*, cujo conteúdo acaba inteiramente esvaziado quando analisado sob o viés da igualdade *pela lei*:

É apenas a lei – enquanto norma obrigatória, geral, abstrata e impessoal, emanada do Parlamento – que deve ser *igual para todos* (CF, art. 5.º, *caput*), ou, numa visão mais abrangente e *holística* do Direito e da realidade brasileira, essa desejável isonomia haveria de se estender também à lei quando venha interpretada e aplicada judicialmente aos casos concretos? Em suma: é plausível que a isonomia aplique-se à *norma legislada*, mas não atue em face da *norma julgada*? É admissível ter-se uma *dualidade no conteúdo axiológico* da norma, por modo que ela seja *igual para todos*, enquanto abstratamente posta no ordenamento, mas torne-se variável e cambiante quando vem a ter o seu *momento judiciário*? (2013, p. 27)

198

Sem se desprezar a importância das medidas destinadas à garantia da segurança jurídica no âmbito dos atos administrativos, contudo, em seus estreitos limites, o presente estudo buscará compreender o modo pelo qual o NCPC pretendeu minorar os efeitos concretos da falta de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade através das decisões oriundas do Poder Judiciário.

Tratando diretamente das escolhas políticas realizadas pelo legislador, é de se apontar como correta a escolha do legislador em adotar no NCPC os princípios gerais da Constituição Federal, informadores de toda a ordem jurídica nacional, introduzindo já em sua parte geral importantes valores constitucionais (Livro I - Das Normas Processuais Cíveis), como bem destacou Lucas Buril de Macêdo (2014, p. 377).

O princípio da segurança jurídica não chegou a ser estar expressamente arrolado como um dos objetivos no Anteprojeto do NCPC. Todavia, tal finalidade foi alcançada quando se buscou promover a igualdade material na aplicação da lei, bem como no esforço do NCPC em evitar a *dispersão excessiva da jurisprudência* (BRASIL, 2010, p. 19)

Como indica Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2013, p. 110), tal circunstância pode ser identificada, exemplificativamente, com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), das alterações no sistema recursal, principalmente em relação aos recursos extraordinário e especial (no artigo 1029, § 4º), dos meios de *uniformização das decisões judiciais*. Do mesmo modo, prestigia a segurança jurídica, sob a ótica da calculabilidade, a preocupação do NCPC com a possibilidade de alteração da jurisprudência dominante, de enunciado de súmula ou da tese em casos repetitivos (art. 927, §§ 3º e 4º), compatibilizando as regras processuais com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2010, p. 19).

Nesse sentido, manifestou-se a própria Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do NCPC:

Talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta (BRASIL, 2010, p. 19).

A regulação dos precedentes dos Tribunais Superiores, inclusive quando eles modificam posições anteriormente manifestadas, demonstra a importância e necessidade de racionalização da atividade jurisdicional no Brasil, mas também a preocupação e a atenção dispensadas à segurança jurídica pelo NCPC (MACÊDO, 2014, p. 378).

Deve ser ressalvado, contudo, não existir maior problema em ser realizada mudança jurisprudencial, que de nenhum modo é desestimulado pelo princípio da segurança jurídica, cujo conteúdo, como antes apontado, não pretende a petrificação do direito. Como bem enxergou Humberto Ávila (2014, p. 478), a alteração de um entendimento adotado pelo Poder Judiciário pode ser benéfica, pois “pode evidenciar um melhor entendimento a respeito da matéria pelo Poder Judiciário; pode corrigir equívocos produzidos em decisões anteriores; pode avaliar fato ou argumento não devidamente avaliado anteriormente”.

O NCPC textualmente invoca o termo *segurança jurídica*, no sentido que interessa ao presente estudo, por sete vezes. Em quatro ocasiões, refere-se à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal ou dos demais Tribunais Superiores (art. 525, § 13, art. 535, § 6º e art. 927, §§ 3º e 4º). Em outras três hipóteses, para tratar da possibilidade de suspensão dos processos que versem sobre a mesma questão objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, inciso II, art. 982, § 3º e art. 1.029, § 4º).

Quando entrar em vigor e desde que devidamente assimilado e aplicado pelo Poder Judiciário, o NCPC representará um enorme passo dado pelo ordenamento jurídico, no sentido de assegurar um maior coeficiente de segurança jurídica no Brasil, em decorrência do incremento da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das decisões que serão proferidas no âmbito dos processos judiciais.

CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil brasileiro encampou inúmeros princípios constitucionais já em sua Parte Geral, promovendo substancial alteração no modelo argumentativo a ser desenvolvido pelas partes de um processo judicial. O padrão decisório atualmente em vigor também será abandonado, para dar lugar a uma estrutura de fundamentação com maior responsabilidade e legitimidade democrática, que prima pela igualdade e promove segurança jurídica aos cidadãos.

A segurança jurídica, a propósito, tratada como princípio de direito que fundamenta a existência do próprio Estado Democrático de Direito, sequer precisaria ser mencionada no corpo do NCPC, muito embora o legislador a tenha invocado por

sete vezes, tornando ainda mais clara a necessidade de as decisões judiciais serem tomadas de modo a promover os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

Muito embora seja de responsabilidade de todos os Poderes do Estado a promoção da segurança jurídica, justamente porque incumbe às decisões judiciais dar a interpretação oficial ao direito, decidindo concretamente as consequências das condutas humanas, elas impactam de modo muito mais intenso na vida dos cidadãos que as próprias leis.

Por tal razão, o próprio centro de gravidade do princípio da segurança jurídica deve ser transferido das normas gerais e abstratas, como normalmente acontece nos ordenamentos jurídicos filiados à *civil law*, para a decisão judicial. Assim, para que seja assegurado um nível razoável de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas que livremente escolher adotar, o cidadão necessitará poder calcular adequadamente de qual modo o Poder Judiciário decidirá eventual e futura demanda. Via de consequência, o aumento da calculabilidade das decisões judiciais, mediante o sistema de precedentes adotado pelo novo Código de Processo Civil certamente favorecerá o nível de segurança jurídica existente no Brasil.

201

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CAVALCANTI FILHO, Theofilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DELGADO, José Augusto. A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105>. Acesso em 20 de Junho de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito*. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 237, ano 39, nov/2014

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Sistema español de derecho cautelar. v. 1. Madrid: Bosch, 1989.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona, Ariel, 2004.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum - O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DO
INSTITUTO À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL**

**DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY: A STUDY IN
ACCORDANCE WITH THE DUE PROCESS OF LAW CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE**

*Claudia Karina Ladeia BATISTA*¹⁶

*Mário Lúcio Garcez CALIL*¹⁷

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a ação declaratória de constitucionalidade à luz do devido processo legal, em especial dos princípios da ampla defesa, contraditório, duplo grau e inafastabilidade da jurisdição. Para o desempenho de tal tarefa faz-se necessário o estudo da lei que regulamenta o instituto, na busca de elementos essenciais para a compreensão do cerne do trabalho: a análise da constitucionalidade da ADC. Para tanto se faz necessário o estudo de sua evolução no direito comparado e no Brasil, assim como as características do processo objetivo. Através da pesquisa bibliográfica espera-se discutir a constitucionalidade da referida ação, em especial a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de que é dotada a decisão final do Supremo Tribunal Federal.

204

PALAVRAS-CHAVE: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Liminar. Princípios Constitucionais. Duplo grau. Ampla defesa. Contraditório.

ABSTRACT: The aim of this work is to analyze the declaratory action of constitutionality in accordance with the due process of law, particularly considering the *audiatur et altera pars*, the double jurisdiction degree and the right of judicial decisions principles. With a view to it, the analysis of the DAC's constitutionality is necessary to the study of the law that regulates the institute in order to search for

¹⁶ Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

¹⁷ Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

essential elements to understand this work. Taking it into account, the study of Brazilian and comparative law is also necessary, as well as the study of the objective process characteristics. It is expected that bibliographical researches promote a discussion on the referred constitutionality, especially to what concerns the *erga omnes* and the binding effects, which are found in the final Federal Supreme Court decision.

KEYWORDS: Declaratory Action of Constitutionality; Concentrated Control of Constitutionality; Provisional Measure; Constitutional Principles; Double Jurisdiction Degree; *Audiatur et altera pars*.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos os jurisdicionados o chamado devido processo legal, gênero do qual se extrai inúmeros outros, entre os quais o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição e a inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrados no artigo 5º e seus incisos. A Emenda Constitucional 45/2004 acresceu o inciso LXXVIII ao referido artigo, formalizando os princípios até então implícito na Constituição: a duração razoável do processo e celeridade processual como direitos fundamentais.

É certo que mesmo antes da inserção da celeridade e duração razoável do processo no texto constitucional, os jurisdicionados já detinham o direito subjetivo a um processo célere por força da disposição do próprio art. 5º, § 2º da Carta Magna. Nesse sentido Sarlet esclarece com propriedade em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*:

Não obstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas

materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal (1998, p. 196)

Para Canotilho, “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente [...] os direitos fundamentais seriam os objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (1998, p. 359). A lição do notável jurista português coaduna com a idéia de que a duração razoável do processo e a celeridade processual são de fato direitos fundamentais.

Não obstante a Constituição assegure o processo com todos os meios de defesa a ele inerentes, e preconize que tal processo há de ser desenvolvido de forma célere e finalizado em tempo razoável, homérica é a tarefa de conciliar os interesses em conflito e assegurar tal equilíbrio. Notadamente após a EC 45/2004 o tema celeridade passou a ser cada vez mais debatido. Mas como fazer célere um processo sem desrespeitar os direitos fundamentais, notadamente os de defesa?

206

Nesse sentido Sarlet preconiza a necessidade de que o Estado implemente medidas para atribuir efetividade aos direitos fundamentais¹⁸.

Inúmeros males impedem ou dificultam a concretização dos preceitos constitucionais. A interpretação diversa de textos legais por juizes e tribunais, bem como entre tribunais distintos é um deles. Quando a interpretação diversa se refere à constitucionalidade de uma referida lei ou ato normativo, a celeuma é ainda maior. A existência de decisões conflitantes acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos acaba por fomentar a insegurança jurídica.

¹⁸ Para o autor “Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais do indivíduo [...]Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas protetivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas etc) com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais” (op. cit. p 124).

Efetivamente o Estado fez algo na ânsia de propiciar a tão buscada celeridade processual e a conseqüente duração razoável do processo: importou e adequou um modelo alemão para nosso ordenamento jurídico, dando origem à ação declaratória de constitucionalidade, mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, destinado a eliminar conflitos de interpretação de lei ou ato normativo federal em face da Constituição, mediante a declaração de constitucionalidade da lei ou ato impugnado. A ação foi idealizada com o propósito de propiciar segurança jurídica, na medida em que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal passa a ter eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Ao impedir a existência de múltiplas decisões conflitantes versando sobre casos análogos, propicia maior celeridade processual e alivia o volume de feitos que chegam ao Supremo para serem apreciados em grau de recurso extraordinário, no controle difuso de constitucionalidade. Pelo menos estes eram os benefícios sustentados pela justificativa da emenda Roberto Campos, tal como se verificará oportunamente.

A criação da ação declaratória atendia principalmente aos interesses do Estado, na medida em que a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de leis ou atos normativos federais (notadamente em matéria tributária, previdenciária e administrativa) impedia uma avalanche de ações pleiteando o reconhecimento da inconstitucionalidade, o que não raramente resultava em decisões desfavoráveis aos interesses do governo.

O objeto principal deste trabalho - estudo da constitucionalidade do instituto - pressupõe o conhecimento de sua origem histórica, finalidade e processamento no meio jurídico, razão pela qual passa-se a apresentar as principais informações destinadas a ambientar o leitor e instigá-lo ao estudo do instituto ora analisado.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

A Ação Declaratória de Constitucionalidade cujos estudos no Brasil tem como ícones os juristas Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes, tem origem na Constituição alemã de Weimar (1919) que previa em seu artigo 13 um dispositivo

semelhante ao ora em estudo, destinado a sanar dúvidas quanto à compatibilidade de normas de direito estadual com direito federal, como assim dispõe:

Art. 13

II. Se existirem dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição de direito estadual com direito federal, poderá a autoridade competente da União ou do Estado requerer, nos termos da lei, o pronunciamento de um Tribunal do Reich.

Tal modalidade de controle concentrado de constitucionalidade foi inicialmente introduzida na legislação brasileira sob a forma de representação interventiva, instituída pela Constituição de 1934 e aperfeiçoada na Constituição Federal de 1946. A representação interventiva daria origem posteriormente à denominada representação de inconstitucionalidade, exercida pelo Procurador Geral da República nos termos da Lei 2271/54 que assim estabelecia:

208

Art. 1º Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7º, VII da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Lei 4367/1964 foi formalmente inserida no ordenamento jurídico pátrio a expressão “declaração de inconstitucionalidade”, em substituição à representação de inconstitucionalidade regida pela lei de 1954:

Art. 1º Cabe ao Procurador Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos podres estaduais que infrinja qualquer

dos princípios estatuídos no art. 7, inciso VII da Constituição Federal, promover a **declaração de inconstitucionalidade** perante o Supremo Tribunal Federal.(g.n.)

A inovação, aparentemente sutil, foi de extrema importância para o nascimento da ação declaratória de constitucionalidade. Isto porque a Lei 4367/64 determinava ao Procurador Geral da República não mais o simples encaminhamento da representação ao Supremo Tribunal Federal, mas a imperativa sustentação perante o mesmo da inconstitucionalidade da norma argüida. Assim, uma vez argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por um terceiro, caberia ao Procurador Geral submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal com parecer atestando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

A convicção pessoal do Procurador-Geral da República de que o ato ou norma impugnada era constitucional não o eximia do dever funcional de encaminhar a representação ao Supremo Tribunal Federal acompanhada de seu parecer. Não era permitido ao Procurador-Geral da República proceder ao arquivamento da representação, salvo por inépcia ou ausência dos requisitos para sua propositura.¹⁹

A representação de inconstitucionalidade foi um marco para a atual declaratória de constitucionalidade posto que, sendo o Procurador-Geral impossibilitado de arquivar a representação, e não estando convencido da inconstitucionalidade suscitada, passou este a encaminhá-la ao Supremo Tribunal Federal com parecer contrário²⁰. Assim atuando, o Procurador Geral encaminhava a representação ao STF postulando pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei

¹⁹ Themístocles Cavalcante, apud Gilmar Ferreira Mendes “Segundo me parece, a posição do Procurador-Geral, principalmente, é a de somente arquivar a representação quando manifestamente inepta, isto é, quando não tiver os requisitos constitucionais e legais para prosperar (...) Quando ocorrerem dúvidas legítimas, é seu dever trazê-las ao conhecimento do Tribunal da forma mais adequada, ou melhor, de maneira que possa merecer o seu conhecimento pelo Tribunal”.

²⁰ A lição Victor Nunes Leal citada por Gilmar Ferreira Mendes na obra Controle Concentrado de Constitucionalidade bem observou que “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade” (LEAL *apud* MARTINS, 2005, p..233)

ou ato impugnado. Por tal razão MENDES afirma que se trata de ação de caráter dúplice ou ambivalente:

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com a finalidade de ver confirmada a orientação questionada (MARTINS, 2005. p.239).

Em 1970 o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal consolidou o caráter ambivalente da declaração de inconstitucionalidade, o que efetivamente positivou no plano normativo interno do STF o embrião da ação declaratória de constitucionalidade. Assim preconizava o Regimento Interno:

210

Art. 174. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário. (DJ, 7 set 1970, p. 3971 apud MARTINS, 2005)

Discorrendo sobre a possibilidade de encaminhamento da representação de inconstitucionalidade com parecer contrário, Gilmar Ferreira Mendes atenta para o fato de que o regimento tão somente positivou algo que era corrente:

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do pondo de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de

inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós. Ela se destinava não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (pedido de declaração de inconstitucionalidade), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade)” (2005, p. 231)

Não obstante o posicionamento incrustado no Regimento Interno do STF, inúmeras controvérsias pairavam sobre o tema, razão pela qual os juristas Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra Martins e o Deputado Roberto Campos apresentaram uma proposta de Emenda Constitucional que propunha a inserção da Ação Declaratória de Constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional positivada, destinada a integrar o controle de constitucionalidade concentrado.

211

2. PREVISÃO LEGAL

A inserção do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade entre as atribuições do Supremo Tribunal Federal decorreu da chamada Proposta Roberto Campos, que resultou na Emenda Constitucional 03/1993, cujo texto deu nova redação do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

§2. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,

relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A criação de mais uma ação pela qual se exerceria o controle concentrado de constitucionalidade não encontrava apoio unânime entre os juristas. Arnold Wald defendia um controle prévio de constitucionalidade pelo STF a fim de evitar que o judiciário fosse abarrotado de feitos cujo julgamento fatalmente estaria atrelado a um posterior pronunciamento acerca da constitucionalidade da lei ou do dispositivo de lei questionado²¹.

A proposta da Emenda Constitucional 03/1993 tinha por objetivo introduzir formalmente a ação declaratória de constitucionalidade no ordenamento pátrio e atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal na referida ação. A previsão do efeito vinculante atribuí à decisão do Supremo características de precedentes vinculativos, muito parecidos com a atuação dos Tribunais na Inglaterra e Estados Unidos, países do *Common Law*, de onde a criação do direito está diretamente vinculada à atuação judicial.

212

A proposta relatava que, não obstante fosse inovador no Brasil, o efeito vinculante há muito era conhecido na Constituição de Weimar (art. 13, já citado) e na Constituição austríaca de 1920 (art. 140). Relatava ainda que a legislação de diversos países de tradição romanista previa o efeito vinculante: Portugal, na velha casa de Suplicação (1521), Argentina (Constituição de 1949) e México (1951). Apresentava ainda como justificava para a aprovação da Emenda:

²¹ Defendendo o controle prévio sustenta o autor: “A nossa proposta foi no sentido de em relação a determinadas situações, leis complementares, talvez leis fiscais, leis orgânicas, estabelecer um procedimento legislativo um pouco mais complicado, mas que ensejaria eventualmente o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, logo após a aprovação no Congresso Nacional, evitando que esses problemas venham a se perpetuar sem solução [...]Quando a apreciação *a posteriori* se torna, por motivos justificáveis em relação à Corte, praticamente prejudicada no decorrer do tempo, acabamos tendo, na realidade, a institucionalização de uma injustiça, ou seja, um certo sentimento de institucionalização da inconstitucionalidade porque ela já produziu seus efeitos e não temos meios adequados de corrigi-la”. (WALD *apud* MENDES, 2003, p.19)

a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição seriam ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada(...)Estas proposta não só reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais, na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia “*erga omnes*” e do efeito vinculante propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas " Justificativa de proposta de Emenda à Constituição apud MARTINS, (2005, p. 243)

Embora plausíveis as justificativas apresentadas na proposta de emenda, inúmeros juristas passaram a discutir sua constitucionalidade, notadamente em virtude da previsão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão definitiva do STF em ações declaratórias de constitucionalidade.

Antes, porém, de passar-se à discussão da constitucionalidade do instituto com os inúmeros e consideráveis argumentos pela inconstitucionalidade, mister compreender melhor a implementação da previsão constitucional no ordenamento pátrio, através de um estudo da Lei 9868 de 1999.

3. O PROCESSAMENTO

A ação declaratória de constitucionalidade é um mecanismo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, levado a efeito por meio de um processo objetivo. Conceituando o instituto Gregório Assagra de Almeida considera:

A ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade é ação coletiva constitucional, por intermédio da qual é possível a obtenção de provimento de natureza declaratória relativo à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com efeito *erga omnes* e vinculante, de forma a eliminar situações de incerteza e de insegurança jurídicas relativas à aplicabilidade das referidas normas federais (ALMEIDA, 2007)

José Afonso da Silva a caracteriza como instrumento que “se destina a tutelar direito subjetivo da União, já que a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado naqueles processos concretos serve a seus interesses” (SILVA, 2005).

Os estudos de Gilmar Ferreira Mendes sobre a ADC na obra Controle Concentrado de Constitucionalidade resultaram na concepção de igualdade entre esta e a ação direta de inconstitucionalidade, de maneira que para o autor “Fácil ver que, do ponto de vista ontológico, não há como diferenciar a ação declaratória de constitucionalidade da ação declaratória de inconstitucionalidade, configurando as duas ações espécies do gênero controle abstrato de normas”.(MENDES, 2005, p.225).

E prossegue o autor:

Trata-se de um instituto desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por àquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da

decisão, mas também aos chamados *fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe)* (2005, p. 245).

Inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade de tal mecanismo de controle concentrado partem justamente da inexistência de pólo passivo na ação, ausência de contraditório e ampla defesa, bem como pela inadmissibilidade de intervenção de terceiros. Para os autores que sustentam a inconstitucionalidade, a ação declaratória padece de irremediável vício de forma.

Entretanto, para os defensores da constitucionalidade do instituto, entre os quais um dos idealizadores da proposta, Gilmar Ferreira Mendes, a ação tem natureza de processo objetivo, no qual não há que se falar em pólo passivo nem em contraditório, por se tratar de processo a ser desenvolvido sem partes e interesses subjetivos, objetivando a prolação de uma decisão de interesse geral, destinada à guarda e preservação da Constituição.

215

Analisando as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão em sua obra *Controle de Constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*, o autor discorre sobre a origem do processo objetivo, no qual:

Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do Requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstratos de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não- contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. “A admissibilidade do controle de normas ensina Söhn - está vinculada, tão - somente, a uma necessidade pública de controle (*öffentliches Kontrollbedürfnis*). (MENDES, 1990, P.250)

Mais adiante, a fim de proceder ao estudo da constitucionalidade da ADC, o processo objetivo voltará a ser apreciado mais detidamente. Por ora, a breve lição de Mendes apenas auxiliará na compreensão do processamento da ação, sem citação ou contraditório e, em nome da celeridade processual, sem intervenção de terceiros.

Por força da Emenda Constitucional 3/93 o art. 102, § 4º da CF/88 trazia como legitimados à propositura da ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a mesa Câmara dos Deputados ou ainda pelo Procurador-Geral da República. Entretanto o rol de legitimados foi ampliado com a EC 45/2004, que revogou o § 4º do art. 102 e deu nova redação ao artigo 103 da Carta Magna, passando a ser legitimados para a ADC todos os legitimados para a ADIN²².

A comprovação da controvérsia jurisprudencial é requisito formal para o recebimento da petição inicial, não bastando aventar mera discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal. (ALMEIDA, 2007, p. 845).

O ajuizamento da ação deve ser feito nos moldes do art. 14 da Lei 9868/99²³, sob pena do Supremo Tribunal Federal não conhecer da ação proposta (MARTINS, 2005).

Segundo Gregório Assagra de Almeida, trata-se de um procedimento sumário de rito diferenciado (ALMEIDA, 2007). A caracterização da ação como processo objetivo justifica a inexistência de polo passivo, citação ou contraditório, tendo em vista que não há direito subjetivo em apreciação.

²² "Art. 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - A mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - O Procurador-Geral da República; VII - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

²³ "Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória".

Uma vez ajuizada a ação também é vedada a desistência, notadamente para que seja ajuizada com extrema cautela e não manipulada com interesses políticos em virtude dos efeitos *erga omnes* (art. 16). Também em nome da celeridade processual a Lei 9868/99 não admitiu a intervenção de terceiros (art. 18).

Sob este aspecto um questionamento se faz pertinente: sendo vedada a intervenção de terceiro, estaria o *amicus curie* impedido de atuar na ADC? A Lei 9868/99 admitiu de forma expressa no §2º do art. 7º sua atuação na ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto tal previsão não se repetiu na ação declaratória de constitucionalidade em virtude do veto do §2º do art. 18 que previa igual possibilidade.

A atuação do *amicus curie* na ADIN já foi motivo de apreciação sem maiores controvérsias pelo STF, expressamente pela disposições da Emenda Regimental 15/04 que inseriu no art. 131 do Regimento Interno o §3º, admitindo a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, facultando-lhes inclusive produzir sustentação oral.

Entre as razões para a permissão da assistência no controle concentrado encontra-se o pluralismo democrático na defesa dos interesses da coletividade ou de grupos devidamente representados e admitidos na ADIN²⁴.

²⁴ "ADIn. 2.130-SC. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. - No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do

O veto presidencial da possibilidade de assistência na ADC tem por fundamento, segundo as próprias razões de veto, a primazia do interesse público e a celeridade processual que seriam comprometidos com a admissão de manifestação dos demais legitimados que não autores da ação. Entretanto cumpre argüir: se a ADIN e ADC são ações de controle concentrado de constitucionalidade e se Gilmar Mendes, um dos próprios idealizadores da Emenda 3/93 considera esta última uma ADIN com “sinal trocado”, que razões existiriam para o veto presidencial do *amicus curie* na ADC?

As razões do veto não representam sólidos argumentos jurídicos, notadamente se considerarmos as semelhanças sustentadas por MENDES entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Sustentam-se sim, ao que parece e bem apresentou Ana Maria Scartezzini²⁵, em interesses políticos, já que o Executivo se mostra um dos principais interessados na declaração de constitucionalidade de certas leis, notadamente as de caráter tributário e previdenciário, fato este que seria retardado caso fosse admitida a intervenção do *amicus curie*. Nesse sentido transcreve-se o conteúdo do § 1º e 2º do art. 18, vetados na ADC sob o argumento de contrariar o interesse público e a celeridade processual:

218

§ 1º. Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memórias ou pedir a juntada de documentos reputados úteis ao exame da matéria

§ 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível admitir, observado o prazo estabelecido no

amicus curiae - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional (Informativo 215 do STF)".

²⁵ Para a autora: “Evidentemente a declaração de constitucionalidade tem por escopo, em matérias de interesse relevante para o Governo Federal, evitar a proliferação de lides nos diversos graus de jurisdição, com possibilidade de ocasional decisões contraditórias em prejuízo da segurança jurídica (SCARTEZZINI *apud* MARTINS, 2005).

parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos e entidades.²⁶

A fim de não ensejar inconstitucionalidade, as razões do veto remetem ao STF a possibilidade de acolher ou não como assistentes os legitimados que não representaram ajuizamento da ação, aplicando por analogia a permissão concedida na ADIN. Nesse sentido:

O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 3º do art. 7º²⁷.

219

Em apreciação ao pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADC 19 que versa sobre a Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha) o relator ministro Marco Aurélio Melo, em despacho exarado em 09/10/2008, aplicou por analogia a permissão concedida na ADIN para a intervenção de terceiros, admitindo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na condição de terceiro²⁸.

O art. 19 da Lei 9868/99 determina que a participação do Procurador-Geral da República é obrigatória, sendo facultado ao relator requisitar informações adicionais, designar perito ou audiência pública, informações aos Tribunais Superiores, Federais

²⁶ Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_3/leis/mensagem_veto/1999/mv1674-00.htm> Acesso em 18 de março de 2009.

²⁷ Idem.

²⁸ “Embora o artigo 7º da Lei 9869/99 refira-se à ação direta de inconstitucionalidade, entendo-o aplicável à declaratória de constitucionalidade prevista na mesma lei[...] No mais, reconheço o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em defesa da própria sociedade. Então, em jogo a denominada Lei Maria da Penha - Lei 11340/2006, tenho como acolhível o pleito formalizado” Disponível em <www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento> Acesso em 18 de março de 2009.

e Estaduais sobre a norma questionada, conforme previsão do art. 20 do diploma legal que rege o instituto.

A Lei que regula a matéria apresenta inúmeras razões para fomentar embates entre os juristas. Dentre elas, além das já mencionadas, encontra-se o artigo 26, que determina a irrecorribilidade da decisão que reconhecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, admitindo-se apenas embargos de declaração. A decisão proferida não pode sequer ser atacada por rescisória²⁹.

4. MEDIDA CAUTELAR E JULGAMENTO DEFINITIVO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória admite a concessão de medida cautelar, cujo efeito é a paralisação do julgamento em instâncias inferiores das causas em andamento que demandam a aplicação da lei ou ato normativo cuja constitucionalidade se pretende provar. A concessão exige maioria absoluta dos membros do STF e, nos termos do parágrafo único do artigo 21, deve ser julgada definitivamente no prazo de 180 dias, sob pena de perda da eficácia³⁰.

220

A concessão da cautelar pretendida depende da maioria absoluta dos membros do Tribunal e, uma vez obtida tal maioria, a concessão implica na determinação de suspensão de julgamento por juízes e tribunais de casos análogos envolvendo a lei ou ato normativo impugnado, até decisão final.

²⁹ "Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória".

³⁰ "Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia".

Feitas as considerações sobre a medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, cumpre ressaltar que a concessão de liminar determina a suspensão de qualquer processo que verse sobre a matéria e impede que instâncias inferiores apliquem a lei cuja constitucionalidade se discute; “Há, portanto, efeito vinculante na decisão que concede cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade, que exige comportamento das instâncias inferiores conforme o decidido” (MARTINS, 2005, p.274). Já na ação direta de inconstitucionalidade, a concessão da liminar suspende a eficácia de lei ou ato, que só será afastado em definitivo com a decisão de mérito que julgar procedente a ação.

Na ADC os efeitos da decisão do STF são “*ex nunc*”. Na declaração de inconstitucionalidade, diferentemente, os efeitos são “*ex tunc*”, salvo se por segurança jurídica ou interesse social dois terços dos membros do STF restringirem a eficácia a partir do trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado³¹.

Quanto aos efeitos da decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade, tem-se que a vinculação difere do efeito das decisões de súmulas vinculantes. Isto porque, na súmula vinculante, os efeitos da decisão decorrem da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, incidental e o efeito vinculante previsto na ADC ocorre em consequência da atuação do STF no controle concentrado de constitucionalidade.

No exercício do controle difuso pode o STF se manifestar sobre matéria já submetida à sua apreciação em ação declaratória de constitucionalidade? Para MENDES (2001, p. 332), tal fato não seria admissível., como bem explana o autor:

Declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade que o Tribunal se ocupe, uma

³¹ Lei 9868/9. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes[...]as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).

A possibilidade do uso da ADC como ferramenta política também é alvo de críticas. Exemplo claro foi a concessão de liminar na ADC nº 4, impedido antecipação de tutela nas ações movidas por funcionários públicos contra o Estado.

Feitas as considerações elementares acerca do instituto, objetivando fornecer elementos histórico-positivos para a compreensão do tema sobre o qual se discorre, passa-se, enfim, ao cerne do trabalho: o estudo da constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade tal como inserida no ordenamento jurídico pátrio.

222

5. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004: SANANDO UMA INCONSTITUCIONALIDADE ?

A EC 3/93 estabeleceu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito tão somente para as ações declaratórias de inconstitucionalidade. Entretanto a lei ordinária 9868/99, que regula a ação em estudo e também da ação direta de inconstitucionalidade ampliou a aplicação de tais efeitos também à esta última, em manifesta usurpação da competência constitucional. A fim de melhor evidenciar a ocorrência de inconstitucionalidade, cita-se a redação³² dada ao art. 102 da CF/99 pela EC 3/93, que assim estabeleceu:

³² A fim de demonstrar a ocorrência de inconstitucionalidade citou-se a legislação na ordem cronológica. Quando da edição da EC 3/93 esta foi a redação dada ao artigo 102 da CF/88. Entretanto a redação do art. 102 citado não é a atual, posto que foi objeto de nova alteração pela Emenda Constitucional 45/2004.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. §2. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal**, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e ao Poder Executivo.(g.n.)

Ocorre que o parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99 alargou a aplicação de tais efeitos também à ADIN, em manifesta inconstitucionalidade. A interpretação do texto constitucional não permitia ao legislador infraconstitucional alargar a aplicação do instituto implantado na Carta Magna pela Emenda 03/93. Entretanto foi o que ocorreu, tal como se vislumbra do texto legal:

223

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de **inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.(g.n.)

Como compreender que a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, previstos constitucionalmente tão somente em relação à ADC possam, por lei infraconstitucional, ser estendidos às declarações de inconstitucionalidade, interpretação conforme a constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto?

A fim de que a inconstitucionalidade fosse sanada, o art. 102, III, § 2º da CF/88 foi novamente alterado pela Emenda Constitucional 45/2004. A nova redação excluiu do texto a aplicação da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos casos de interpretação conforme constituição, o que permitia uma elasticidade perigosa e volúvel. A alteração resultou ainda na extensão do efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade, e conforme se observa:

Art. 102. [...] §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (g.n)

224

Verifica-se, pois, que a EC 45/2004 estabeleceu expressamente a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante também para a ADIN, sanando a inconstitucionalidade prevista no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9868/99. Tem-se agora, para alguns juristas, que a inconstitucionalidade da ADC persiste, tal como se passa a expor.

6. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A consagração do princípio da razoável duração do processo pela Constituição Federal de 1988 atraiu novamente as atenções para o ônus do Estado em fomentar sua antiga busca por novos mecanismos que assegurem a celeridade processual. A mera previsão no texto constitucional não garante por si só a efetividade de tal direito. É preciso que o Estado implemente medidas que assegurem a efetividade das normas. Somente com a efetividade, nos dizeres de Luis Roberto Barroso, correrá “o desempenho correto de sua função social (da norma). Ela representa a materialização,

no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1996, p. 83).

Agindo no mister de implementar tais medidas destinadas a assegurar a efetividade das normas constitucionais de um processo célere e de duração razoável, a Emenda Constitucional 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade cuja própria constitucionalidade é altamente questionável.

As principais características apresentadas quando da análise da proposta da EC 3/93 e da Lei que regulamenta a matéria (Lei 9868/99) possibilitaram o conhecimento da ação declaratória como resultante da aplicação de um processo objetivo. Por tal razão, na visão de vários juristas, entre eles Gilmar Ferreira Mendes, não há nenhum vício de constitucionalidade que paire sobre o instituto em estudo, sobretudo no que diz respeito à ausência de requeridos e de contraditório conforme evidencia com clareza seu entendimento:

A ação declaratória de constitucionalidade configura típico *processo objetivo*, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido (MARTINS, 2005, p. 250).

A análise da ação declaratória à luz do processo tradicional de fato implica no reconhecimento de flagrante inconstitucionalidade. Isso porque, segundo os defensores da constitucionalidade do instituto, não se pode buscar o fundamento processual das ações de controle abstrato de constitucionalidade no processo que

tutela interesses privativos. Tais ações hão de ser fundadas no processo objetivo que goza de características peculiares conforme bem explana CANOTILHO:

O processo abstracto de controlo de normas não é um processo contraditório, na qual as partes litigam pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se fundamentalmente de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva.(CANOTILHO, 1998)

De fato no controle abstrato de constitucionalidade inexistente pretensão resistida ou partes em litígio. O que se objetiva como o processo constitucional através da ADC é “afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, buscando preservar a ordem jurídica constitucional” (MORAES, 2003). Nesse diapasão, não é constitucional, à luz dos princípios que norteiam o processo tradicional, decisão definitiva do STF no controle abstrato, que goza de eficácia contra todos e afeta aqueles que nela sequer puderam intervir.

A breve exposição sobre os principais aspectos da lei que regula a ADC possibilitou a averiguação que de fato não há pólo passivo identificado, tampouco citação ou prazo para o exercício do direito de defesa. Igualmente verificou-se a impossibilidade, nos termos da lei, de qualquer forma de intervenção de terceiro. Quando da aprovação da EC 0/03 as críticas acerca de sua inconstitucionalidade foram rebatidas por Gilmar Ferreira Mendes com argumento de que a emenda não esgotou a matéria, e que o legislador ordinário teria competência para apreciá-la (MARTINS, 2005, P. 253). Entretanto, como já apresentado, a lei ordinária veio e manteve a impossibilidade de intervenção de terceiro em virtude do veto do § 2º do art. 18 (ressalvada a possibilidade de o STF expressamente a autorizar, em analogia à

ADIN, tal como previsto nas próprias razões do veto³³). Previu ainda a irrecorribilidade da decisão, mantida pela EC 45/04. Tais concepções afrontam veementemente a noção tradicional de processo, fundado na existência de uma pretensão resistida (direito ou interesse subjetivo).

Argumentos relevantes também foram apresentados por Ana Maria Scartezzini quando da entrada em vigor da EC 3/93. Na visão da autora o fato de que a arguição será julgada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo para a apreciação da questão, não afasta a inconstitucionalidade da ação, notadamente porque os efeitos da decisão proferida alcançarão os que nela não puderam intervir. Nesse sentido prossegue a autora sobre a inconstitucionalidade da Emenda 3/93:

A segurança jurídica seria alcançada na medida em que o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para apreciar a arguição, como ápice do Poder Judiciário, dirimira a questão com definitividade, sem possibilidade de ocorrência de decisões conflitantes prolatadas pelos juízes singulares e pelos tribunais superiores.

O argumento não subsiste ante ao desrespeito ao princípio do contraditório consagrado no sistema constitucional vigente, na medida em que as decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade ‘produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’. Nenhuma previsão, contudo, existe no sentido de possibilitar ao cidadão, que sofrerá os efeitos dessa decisão, intervir na ação e aduzir os argumentos que lhe pareçam relevantes na defesa de seus interesses (SCARTEZZINI, apud MARTINS, 2005).

227

³³ Tal como mencionado o veto guardou interesses políticos da União, que teria com a intervenção de terceiros maior dificuldade em ter declarada a constitucionalidade de leis ou atos normativos de seu interesse.

Um dos precursores dos estudos sobre o tema, professor Ives Gandra Martins, reconheceu a inconstitucionalidade do projeto inicialmente idealizado com o propósito de assegurar segurança jurídica e celeridade processual. Para o autor a ação declaratória de constitucionalidade afronta a Carta Magna em diversos aspectos. Além da ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, atribui o autor à ADC ofensa à separação dos poderes, além de também identificar incompatibilidade com o sistema pátrio, que não depende de qualquer instrumento para declarar a validade de suas normas, presumidamente válidas até prova em contrário. O autor considera a ação declaratória de constitucionalidade:

(...) instrumento tendente a suprimir garantias fundamentais, como o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de exterminar a função jurisdicional enquanto tal e ofender o princípio da separação de funções entre os Poderes da República, sendo, outrossim, incompatível com nosso sistema jurídico, inspirado pela presunção de validade da lei e do ato administrativo (MARTINS, 1995).

228

Igual posicionamento foi adotado pela comissão constituída pela Ordem dos Advogados do Brasil, então composta por notáveis juristas como Geraldo Ataliba, Sérgio Sérulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Misabel Derzi, que em análise do instituto elencaram um rol de inconstitucionalidades. Em razão da extrema clareza e relevância dos argumentos apresentados por Geraldo Ataliba, passa-se a mencioná-los no intuito de corroborar as inconstitucionalidades já apontadas:

- O instituto estaria eivado de grave e irreparável vício técnico, porquanto não seria possível identificar-se o réu – e assim definir seu respectivo universo – e afastar-se-ia qualquer simetria com a ação declaratória de inconstitucionalidade; - tal ação possuiria características mais graves do que a advocatória,

pois comprometeria a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento (art. 5º, LV). Ademais, afetar-se-ia severamente o direito de acesso do cidadão ao Judiciário, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV). Pela ofensa a tais direitos fundamentais, seria evidente a inconstitucionalidade da emenda em face ao disposto no art. 60, §4º (IV) da Constituição; - a ação direta de constitucionalidade converteria o Judiciário em legislador, afastando-o da função que lhe é inerente – a saber, a distribuição de Justiça no caso concreto - e ofendendo o princípio da divisão de poderes. Ademais, verificar-se-ia o bloqueio do acesso do cidadão ao Poder Judiciário, prejudicando o princípio da universalidade da jurisdição. Ter-se-ia, ainda, a destruição do controle difuso. - a ação declaratória comprometeria o órgão de cúpula com a elaboração legislativa, inibindo o Judiciário todo e, via de consequência, impediria os cidadãos de invocar a proteção jurisdicional. Ao abolir o contraditório, a emenda criou um processo sem parte, sem duplo grau de jurisdição e sem recursos”(ATALIBA, *apud* MARTINS, 2005, p. 248).

229

Diante dos argumentos expostos, concluiu Geraldo Ataliba que a EC 03/03 era inconstitucional, por abolir direitos e garantias individuais, violando o disposto no art. 60, § 4º da CF³⁴.

Os estudos permitem apontar que no aspecto processual a inconstitucionalidade não reside apenas na eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, mas também na ausência de contraditório, intervenção de terceiros e irrecorribilidade da decisão (apesar de que em relação a este último existem consideráveis argumentos de que o STF é o guardião da constituição e, por tal razão, o mais apropriado para decidir em caráter definitivo).

³⁴ "Art. 60. [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - Os direitos e garantias individuais".

Sem as aludidas características, a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF na ação declaratória de constitucionalidade, não representaria incompatibilidade com os ditames da Carta Magna. Entretanto se a decisão não for oponível a todos, e se os demais órgãos (notadamente do judiciário) não estivessem obrigados a cumprirem-na, não haveria razão de ser que justificasse a manutenção de tal instituto de controle concentrado de constitucionalidade, posto que não se alcançaria a almejada celeridade processual, tampouco a segurança jurídica.

Não bastassem todos os argumentos elencados, há outro, não relacionado aos princípios constitucionais processuais de defesa, mas não menos importante: o de que a lei goza de presunção de constitucionalidade até prova em contrário. Ana Maria Scartezzini afirma que “nem se declara a legitimidade do ato administrativo, nem a constitucionalidade da lei. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima, seja no exercício de sua competência legislativa, seja no de competência administrativa” (SCARTEZZINI, *apud* MARTINS, 2005). Nesse diapasão, considerando que o que impera é a presunção de constitucionalidade da lei até prova em contrário, parece pouco coerente a suspensão do julgamento pelos juizes singulares e tribunais superiores em virtude da concessão do pedido em cautelar de declaratória de constitucionalidade.

As críticas tecidas ao instituto, embora enfáticas, não objetivam em hipótese alguma enfraquecer o controle jurisdicional dos atos legislativos. Esta é, pois, uma das funções do Judiciário a qual este não se pode furtar. O controle concentrado de constitucionalidade é indissociável do processo constitucional, que é descrito por Joaquim José Gomes Canotilho como “o conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos actos normativos.”(CANOTILHO, 1998).

O autor trata com clareza ímpar o objetivo do processo constitucional: fiscalizar a conformidade dos atos normativos. Difícil é, porém, estabelecer limites claros entre fiscalizar atos a fim de averiguar sua adequação constitucional e legislar sobre a matéria, usurpando a função legislativa.

Quando da concepção de um sistema de divisão de poderes, Montesquieu idealizou a equivalência entre os mesmos e a identificação de suas funções, o mais especificamente possível. Tratando da função do Poder Judiciário expõe o autor:

O papel do Judiciário é modesto, politicamente, por duas razões. Primeira: não se concebe o Judiciário posicionar-se no sentido de frear, embaraçar outro poder. Segunda: o Judiciário é o aplicador das leis por excelência. Seu trabalho consiste, em princípio, na aplicação das leis, elaboradas pelo Legislativo, com a participação do Executivo, mas inteiramente à revelia dele, Judiciário. O Judiciário é a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 1994, p. 26)

Sob este aspecto passa-se a expor talvez o mais temido dos efeitos para os que se filiam ao entendimento de inconstitucionalidade da ADC: o receio de que a ação declaratória de constitucionalidade converta o judiciário em legislador, comprometendo o princípio da divisão de poderes. Nesse sentido explana Konrad Hesse:

O legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade e atuação para si; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições de vida em primeiro lugar. Ao Tribunal Constitucional é proibido disputar essa primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas jurídico-constitucionalmente (HESSE, apud SILVA, 2001, P.75)

Em virtude das atuais concepções do constitucionalismo moderno não se pode considerar a máxima de Montesquieu pela qual o Judiciário seria simplesmente a “boca da lei”, segundo a qual cabe a tal poder apenas aclarar o sentido da vontade do legislador. Não se pode, porém, negar que o exercício do controle de

constitucionalidade acaba por transformar o Judiciário em legislador negativo – com a árdua função de identificar falácias e incompatibilidades entre a lei e a ordem constitucional. Cabe, pois, ao controle de constitucionalidade, identificar as falhas no produto da função legislativa: a lei. Não se pode, porém, compreender tal exercício como usurpação de funções do legislativo. O controle de constitucionalidade é sem dúvida atribuição do judiciário e os limites de sua atuação não implicam em ofensa à separação dos poderes. No caso de controle concentrado a falha do legislador é apontada pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade da lei.

Entretanto o que ocorre na ADC é que o judiciário se manifesta sobre a lei que goza da presunção de constitucionalidade e que, em razão da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a decisão do Supremo passa a ter eficácia de lei.

A despeito das críticas tecidas notadamente ao efeito vinculante na ADC, não admiti-lo seria o mesmo que negar a razão de ser da declaratória de constitucionalidade e de todo o controle abstrato, resolvendo-se os impasses constitucionais sempre em sede de controle difuso. Entretanto é justamente no controle difuso que residem os problemas que afligem o judiciário. Difícil é estabelecer limites em que ambas as formas se controle coexistam harmoniosamente. No caso do instituto em estudo, retirar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão definitiva do o Supremo na ADC é o mesmo que instá-lo à atuar em duas vertentes com um mesmo propósito: por meio do controle concentrado e controle difuso verificar a adequação das leis e atos normativos federais e estaduais ao conteúdo normativo e principiológico da Carta Magna.

Em favor da constitucionalidade da ADC e avesso aos recursos reiterados que abarrotavam os tribunais superiores e o próprio STF, manifestou-se o então ministro Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à

revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade de situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores[...]de modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, nada com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem vindo o que diz o § 2º do art. 102, por força da Emenda 3, e a única coisa que lamento é que isso não a tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade (ADC 1, Rel. min. Moreira Alves, RTJ 156:721).

233

Toda forma de controle concentrado de constitucionalidade implica em certa limitação na esfera de atuação ordinária do judiciário, sem a qual não haveria razão de ser do próprio controle concentrado. Sem embargo do entendimento supraexposto, há que se considerar o impacto que o efeito vinculante da decisão definitiva do STF tende a causar: a ausência de discussão jurídica e o conseqüente “engessamento” na evolução do direito. O julgamento da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, retira dos magistrados e tribunais a possibilidade de julgar conforme o entendimento no caso concreto, prejudicando as discussões jurídicas, imprescindíveis à evolução do direito.

Diante das razões expostas (e ainda não esgotadas) verifica-se, pois, um impasse: como admitir que a vinculação da decisão não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, se o magistrado ou tribunal passa a ser obrigado ao cumprimento,

sob pena de reclamação³⁵? Como explicar a um pretense litigante que o direito subjetivo que pleiteia não poderá ser submetido ao judiciário porque a lei ou ato normativo que o ampara já foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário a seus interesses e com eficácia erga omnes e efeito vinculante? Em tal situação a ofensa parece transcender ao duplo grau e colidir também como o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É inegável que a ação declaratória de constitucionalidade, assim como outras inovações de ordem constitucional-processual, implementaram de fato a celeridade processual. A decisão definitiva do STF acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de controle concentrado impede que inúmeros processos sejam a ele encaminhados em grau de recurso extraordinário, o que por si já contribui para a celeridade. O instituto também é positivo no que concerne à pacificação do entendimento acerca da constitucionalidade de lei, evitando decisões conflitantes e reiterados recursos em busca do posicionamento jurídico mais favorável.

234

As razões elencadas pelos mais renomados juristas não fizeram mudar o entendimento do também notável Gilmar Ferreira Mendes, para quem as críticas não prosperam. Segundo o autor não há que se sustentar ofensa ao contraditório e ampla defesa por se tratar de processo objetivo. Salieta ainda que o jurisdicionado deveria sentir-se mais seguro ao saber que seus direitos individuais estarão protegidos contra decisões de juízes e tribunais, afastados dos próprios entendimentos em razão do posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC. Faz crer o autor, embora sutilmente, que considerando o STF como guardião da Constituição, a decisão dele proveniente seria sempre a mais acertada. (MENDES, 2005, p.257).

³⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar originariamente: L- reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

A força do efeito vinculante é tamanha que para Mendes (2005, p. 332), uma vez declarada a constitucionalidade de uma lei em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que fica o Tribunal impedido de novamente de apreciá-la, “salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes [...] podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente)”. A fragilidade das considerações do autor reside justamente no terreno movediço do que seria “mudança nas circunstâncias fáticas” ou “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”. Sendo do STF o Guardião da Constituição, a quem incumbe exclusivamente apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos no controle concentrado, ou ainda no controle difuso como órgão de cúpula, parece crer que as “alterações das concepções jurídicas dominantes” revelam uma mudança de entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

Para MENDES, se a eficácia “*erga omnes*” e o “*efeito vinculante*” forem argumentos para a inconstitucionalidade da ADC, também o seriam para a ADIN. Isso porque para o autor a ação declaratória de constitucionalidade “nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”. E prossegue:

A pretensão de submeter pleito individual de índole constitucional à apreciação de órgãos do Poder Judiciário, depois de já ter sido decidida, com eficácia *erga omnes*, pelo órgão judicial supremo, erigido pela própria constituição em seu guardião, afigura-se romântica, para dizer o mínimo. (2005, p. 256).

Quanto à alegada ofensa ao controle difuso, Mendes explicita através das razões do relator Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1, que a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Assim sendo e considerando a ADC um mecanismo de

aperfeiçoamento do controle concentrado, não há que se falar que esta teria praticamente destruído o controle difuso.

7. PRINCÍPIOS EM CONFLITO.

Infere-se do estudo feito que a celeridade processual buscada por meio da implementação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade tem exigido o sacrifício de alguns direitos individuais. Apesar do entendimento contrário de célebres juristas, conclui-se que o sacrifício aos bens jurídicos exigidos pela lei para que a celeridade se faça notar não aparenta proporcionalidade. Sacrificar o direito ao contraditório, ampla defesa, inafastabilidade e duplo de jurisdição parece um preço desproporcional à prometida duração razoável do processo. Nesse sentido, valiosa é a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro:

236

A orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vá além do que seja necessário, ou pelo menos defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma, à qual, segundo Pierre Muller, ‘devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder (2003, p.82).

A mesma orientação já havia externado Robert Alexy, para quem toda norma encerra em seu bojo princípios e regras das quais se retira o conteúdo jurídico do ordenamento. A Constituição Federal representa no ordenamento pátrio este conjunto de regras e princípios maiores, aos quais deve se ajustar toda a legislação.

Para Alexy, as escolhas não de ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao interprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes. Segundo o autor: “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas” (2008, p.117).

Há que se considerar que se está diante de uma situação de colisão de princípios: contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e inafastabilidade da jurisdição x duração razoável do processo. A colisão ocorre justamente quando os princípios antagônicos coexistem validamente num mesmo ordenamento jurídico. No caso em estudo, tanto os princípios que protegem os direitos individuais de defesa, quanto o que justifica a ação declaratória de constitucionalidade (razoável duração do processo) são consolidados por expressa previsão constitucional.

Análise semelhante faz Oscar Vieira, que considera os direitos fundamentais limitadores da vontade parlamentar e mesmo de pessoas ou grupos (ainda que a maioria) inseridos em um sistema político. A colisão entre direitos fundamentais, na concepção do autor, requer uma relativização de um deles em prol do outro, conforme bem explica:

O reconhecimento expresso ou implícito pela Constituição de um direito fundamental tem como consequência colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas. Ou seja, o interesse ou valor por ele protegido deve prevalecer sobre outros interesses ou valores não protegidos como direitos fundamentais. No mais das vezes, no entanto, a colisão entre

valores e interesses na sociedade pode ser reduzida a uma colisão entre direitos fundamentais (VIEIRA, 2006, p. 46).

A fim de tornar o entendimento mais claro, o autor menciona o conflito entre os direitos de liberdade e privacidade, enfatizando que a lei penal pode restringir a liberdade (em caso de crime, por exemplo) a fim de proteger a privacidade de outrem, igualmente direito fundamental. Tal restrição, que a princípio é uma ofensa a direito fundamental, encontra fundamento em outro direito que igualmente merece proteção.

Peter Haberle ensina que a interpretação da norma não pode se restringir ao método lógico-dedutivo próprio do positivismo. Isso porque a evolução da sociedade e, principalmente, do constitucionalismo, requer do intérprete conhecer e interpretar a norma em uma sociedade aberta: “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento de sociedade aberta.[...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HABERLE, 1997, p. 13).

238

Discorrendo sobre as possíveis soluções para o impasse Oscar Vieira aponta dois caminhos: o alto grau de deferência à escolha parlamentar, ou seja, a escolha do legislador deve ser respeitada posto que proveniente do legislativo democrático; a outra (mais compatível com o constitucionalismo), supõe a fiscalização do legislativo pelo judiciário, de maneira que: “nesse segundo caso o juiz irá verificar se a escolha do legislativo é adequada, no sentido de preservar o conteúdo de ambos os direitos em colisão, o que se deve fazer por intermédio de um processo de ponderação”. (VIEIRA, 2006, p.48).

A interpretação da ADC à luz dos princípios constitucionais não permite concluir que em nome da celeridade processual se conceba mitigar direitos individuais indispensáveis à concretização da tão esperada ordem jurídica justa. Nos dizeres de Konrad Hesse, a “vontade de Constituição” deve nortear os responsáveis pela ordem constitucional, não só na produção legislativa, mas também na como na aplicação do direito, tal como bem explica o autor:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem constitucional estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes de juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - e particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19) g.n.

CONCLUSÃO

O estudo permite concluir que, a despeito dos consideráveis argumentos dos que militam em favor da constitucionalidade da ADC, são fundados em razões dotadas de caráter utilitarista. Não há dúvidas de que a alteração inserida na CF/88 pela EC 3/93 é de extrema valia para “desafogar” o judiciário dos inúmeros feitos que se multiplicam em decisões contraditórias. Também não se questiona que a falta de celeridade processual é uma preocupação recorrente que aflige o judiciário, prejudicando a concretização da razoável duração do processo, interesse público a ser resguardado em nome da própria paz social.

A descrença na justiça, a propagação da impunidade e o arrastar de processos cujas decisões não raramente são tardias requerem por parte do Estado medidas capazes de minimizar tais agruras.

Contudo não se pode levar ao extremo a máxima de Nicolau Maquiavel segundo a qual “*os fins justificam os meios*”. Mesmo porque o contexto histórico em que fora proferida quase não guarda semelhança com o atual Estado Democrático de Direito. A celeridade processual não há de ser conquistada pelo judiciário à custa de

direitos individuais de defesa, igualmente importantes à concretização da chamada ordem jurídica justa.

O sacrifício de garantias individuais processuais em favor de uma prestação jurisdicional mais célere não parece a solução mais indicada para os problemas que afligem o judiciário e os jurisdicionados. Assim, a despeito das considerações feitas sobre o processo objetivo, conclui-se que o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição foram afetados com a EC 3/93. Conclui-se ainda valendo-se do sopesamento de Alexy ou a ponderação mencionada por Vieira que o sacrifício dos bens jurídicos prejudicados com a Emenda é desproporcional às benesses que apresenta. A tão almejada celeridade processual adequada e necessária a todo judiciário que pretende ser dinâmico e eficaz, não pode ser conquistada com medidas como a ação declaratória de constitucionalidade, excessivamente gravosa e tendente a restringir (senão abolir) direitos individuais.

Diante do exposto o presente ensaio permite concluir que, na ponderação de interesses conflitantes, a salvaguarda dos direitos individuais inerentes ao devido processo legal precede ao interesse público de um processo célere, razão pela qual este não pode existir em consonância com a Constituição senão sem prejuízo daqueles.

240

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo:Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 05 de outubro de 1988**.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999** - Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Publicada no DOU de 10-11-1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.) **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei 9868/1999**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Celso de Albuquerque; **Interpretação Constitucional Operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005.

SIQUEIRA CASTRO, Paulo Roberto. **Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIEIRA, Oscar Vieira. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo:Malheiros, 2006.

DA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

*Tiago Domingues BRITO*³⁶

*Igor Fernando de Souza POSSETTE*³⁷

RESUMO: O presente trabalho visa estudar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a resposta às situações processuais abordadas tem grande importância no cotidiano da vida prática do processo juslaboral, visto que podem motivar decisões que influenciam em muito a agilidade processual e a satisfação das verbas referentes ao vínculo empregatício.

ABSTRACT: This view work studying the application of the theory of piercing the corporate veil, since the response to the situations addressed procedural has great importance in everyday practice life juslaboral process, since they can motivate decisions that influence much in procedural agility and satisfaction of the amounts related to employment.

PALAVRAS-CHAVE: desconsideração da personalidade jurídica; direito do trabalho; implicações práticas.

KEY-WORDS: piercing the corporate veil; labor law; practical implications.

INTRODUÇÃO

³⁶ Estudante de Pós-graduação - Faculdades Integradas de Ourinhos.

³⁷ Estudante de Pós-graduação - Faculdades Integradas de Ourinhos.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é vastamente empregada na justiça laboral, respaldando-se na aplicação subsidiária, autorizada pela Consolidação das Leis do Trabalho, do Código de Defesa do Consumidor, agregada ao princípio da alteridade e da natureza alimentar do crédito trabalhista.

Todavia, a abrangência deste instituto é largamente controvertida no Direito Processual do Trabalho, incitando o exame dos aspectos processuais do bom emprego da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a resposta a pontos como a defesa do sócio na execução, a possibilidade de desconsiderar ou não a personalidade de sociedades anônimas fechadas, os limites da responsabilização de ex-sócios, são significativos nos casos concretos, porquanto podem motivar decisões que incutem muito na agilidade processual e na satisfação do crédito do empregado.

É o que este estudo pretende abordar.

1 DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 244

Apesar de o conceito de pessoa jurídica ter nascido no Direito Romano, o seu aperfeiçoamento se solidificou no Direito Canônico, momento em que a expressão *pessoa* começou a ser empregada de forma precisa, ou seja, ao abordar pessoa jurídica como ente diverso dos integrantes que compunham aquela agremiação (ALVES, 1998, p. 14).

O ponto de vista vigente nos antigos períodos era o de que as pessoas jurídicas correspondiam precisamente à união que se realizava entre mercadores para alguma exploração comercial ou empreendimento mercantil, “em grosso ou miúdo” (CAIRU, 1819 *Apud* BORBA 2011, p. 372).

Portanto, na gênese das sociedades empresárias, as mesmas não eram munidas de personalidade jurídica mas, antes e na realidade, o que se existia eram meros tratados de parceria.

Ao personificar essas sociedades, realizou-se uma genuína inovação na maneira de se examinar tais entidades, pois da atribuição desse predicado, proveio um implacável rompimento de identidade entre os sócios e sua sociedade (BORBA, 2011, p. 373).

Dessa maneira, doravante aquele momento, a sociedade se transformou em uma organização com grande independência, sendo que, em algumas situações, até mesmo tinha aspirações distintas das de seus membros. A respeito do assunto, diz Fábio Ulhoa Coelho:

O conceito de pessoa jurídica surgira da sua localização no conjunto de objetos assemelhados e mais assemelhados (*genus proximum*) e, dentro desse conjunto, da sua identidade frente aos seus pares (*differentia specifica*). O gênero próximo da pessoa jurídica, como se demonstrará, é o “sujeito de direito”, e a diferença específica deve ser localizada em relação aos demais sujeitos de direito (pessoa física, nascituro, condomínio, massa falida...). Assim, o ponto de partida para a construção do conceito de pessoa jurídica é a constatação de que se trata de um tipo de sujeito de direito (COELHO, 1989, p. 75).

Assim sendo, os bens da sociedade, em relação às suas obrigações, garante sua responsabilidade expressa no que diz respeito a terceiros, sendo que seus bens sociais, como produto de suas posses, formam a caução de credores, exatamente como acontece com qualquer indivíduo que realiza um negócio (REQUIÃO, 1986, p. 170-171).

Portanto, a sociedade transmutou-se em um desconhecido ente, adventício à individualidade dos indivíduos que compõe sua estrutura, seja controlando seu próprio patrimônio, seja dirigindo seus órgãos deliberativos, os quais definem e fazem exercer a suas pretensões. A respeito do assunto, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

A complexidade da vida civil e a necessidade da conjunção de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados (PEREIRA, 2004, p. 297).

Com a criação de uma nova personalidade, muito empresários de índole duvidosa começaram a praticar atos considerados desleais, pois tais empresários estavam acobertados pela personalidade jurídica que representavam e, assim, praticavam atos com o intuito de se enriquecerem sem justa causa e, conseqüentemente, prejudicar seus credores.

O descomedimento da personalidade jurídica pode ser notado em dois momentos diversos, aos quais se equiparão a classes igualmente diversas de transtorno ao emprego da pessoa jurídica (ZANITELLI, 2002, p. 719).

Em primeiro momento de excesso, isto é, o primeiro emprego que está sendo transtornado, é a do obstáculo obrigacional, momento em que o membro societário comete ações que provenham numa diminuição atípica do risco, o qual irá desviar-se àquela restrição habitual que instiga a concretização de transações comerciais, não se harmonizando com o aporte da negociação (ZANITELLI, 2002, p. 719).

Já na segunda situação de excesso da personalidade jurídica, evidencia-se a imoderação da própria divisão constituída em meio à pessoa jurídica e seus sócios, visto que tal abuso é determinado conforme a separação e é solicitada em ocasiões anômalas, adversas às funções instituídas (ZANITELLI, 2002, p. 720).

Não tardou muito, felizmente, para que a doutrina e a jurisprudência detectassem o problema e buscassem a solução. Entretanto, é muito acirrada a divergência doutrinária acerca de qual teria sido o primeiro caso de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Alguns defendem que foi em 1897, no célebre caso *Salomon vs. Salomon & Co*, situação em que se adotou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse precedente, Aaron Salomon, empresário que operava há mais de três décadas, decidiu formar, em companhia de seis pessoas de sua família, uma empresa, a qual seria análoga a uma sociedade anônima nos dias atuais. Depois de um breve período, o empreendimento se revelou inexequível, entrando, no final, em falência (BORBA, 2011, p. 377-8).

Na citada sociedade empresária, cada sócio familiar ganhou uma ação, salvaguardando-se para Aaron Salomon as 20 mil ações que sobejaram, as quais foram integralizadas como componente de seu fundo mercantil. Já que o valor do

fundo mercantil era extremamente elevado em relação ao valor das 20 mil ações, o sobejo do fundo mercantil foi usado na subscrição das debêntures avalizadas pelo ativo da empresa (BORBA, 2011, p. 378).

Diante desse fato, revelou-se a artimanha preparada por Salomon, pois, sabendo que as debêntures eram avalizadas, Salomon se encontraria em situação favorecida na ordenação dos credores da empresa, pois era, na realidade, um dos credores mais privilegiados de sua própria empresa.

Assim sendo, foram manifestas as intenções desleais de Salomon, sendo que o juízo de primeira instância evidenciou as atitudes ardilosas do empresário. Em consequência, houve a possibilidade de consecução do patrimônio de Aaron Salomon, visto que, como também foi afirmado por seus credores, Salomon e a nova empresa constituída eram exatamente as mesmas pessoas, sendo que a segunda simplesmente estava atendendo aos interesses escusos da primeira.

Em contrapartida, outros acreditam que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi inicialmente propagada nos tribunais norte-americanos, por meio de um pronunciamento jurisprudencial do ano de 1809, no caso *Bank of Unites States vs. Deveaux* (KOURY, 1998, p. 64).

Embora a Carta Magna americana, no seu artigo 3º³⁸, seção 2ª, restrinja esta jurisdição às desídias entre pessoas de estados distintos, o juízo, com o desígnio de conservar a jurisdição dos tribunais federais a respeito das corporações, conheceu da

³⁸ **Texto na íntegra:** *The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State, between Citizens of different States, between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.*

Tradução Livre: *A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.*

ação, “levantando o véu”, confirmando os antagonismos constituídos pelos sócios, que por detrás da personalidade jurídica agiam (KOURY, 1998, p. 64).

Em apresentação na Universidade Federal do Paraná, quem construiu no Brasil o conceito de desconsideração da personalidade jurídica foi Rubens Requião, conduzindo-se pela teoria de Rolf Serick para proteger o cumprimento da mencionada doutrina sempre que a apartamento entre a personalidade jurídica e a física fosse utilizada como uma mera “fachada”, configurando-se num empreendimento utilizado como instrumento para a concretização de algum tipo de defraudação (SOUZA, 2006, p. 411).

Entende-se também que a gênese da doutrina da desconsideração está atrelada a uma coletividade lesionada pelas intensas desigualdades e também por um abundante aumento das atividades comerciais, especialmente depois da dissipação da guerra fria e o alargamento dos meios de divulgação de produtos, o que demandou (e ainda demanda) do Poder Judiciário soluções instantâneas para a concretização da justiça, de maneira oposta à lentidão no alcance da prestação jurisdicional acoplada à insuficiência de subsídios processuais eficientes para que se produza a solução das contendas (DIREITO, 2003 , p. 87).

De acordo com o princípio do “ninguém pode contravir o próprio fato”, isto é, do *venire contra factum proprium*, Arruda Alvim (2001, p. 315) ensina que a desconsideração é cabível no momento em que a prática de um direito não é compatível com o prévio comportamento do agente, posto que tal ação representa autêntico excesso de direito:

O agir atualmente em desconformidade com a significação impressa, a atos precedentemente praticados, e praticados por outros, mas que, em relação a si próprio e outros, nunca se cogitou de ilicitude desses atos, senão que ao contrário, é agora comportamento incompatível com a conduta precedente, havida como lícita, pretendendo-se esse alguém albergar-se sorratamente debaixo da pessoa jurídica.

Ora, não há possibilidade de a pessoa jurídica ser desagregada dos escopos que motivam a sua criação para desempenhar atos de resguardo a atividades ilegítimas

ou arbitrárias de seus sócios. Diante disso, o magistrado, desprezando a existência do organismo societário, por solicitação dos credores da sociedade, terá como admitir a responsabilização dos sócios (REQUIÃO, 1986, p. 220).

Na atual conjuntura do direito societário, o que se tem percebido é a conformação de dois excessos: o primeiro cometido por empresários desonestos, os quais, como já mencionado, na procura por proveitos instantâneos e anômalos, aproveitam-se da personalidade independente de seus empreendimentos como égide, abrigando-os de circunstâncias ou ilegais, ou antiéticas, em que a declaração de vontade tem por base o interesse individual de alguns sócios e não o da pessoa jurídica. O segundo excesso, consequência destemperada ao primeiro abuso, versa a respeito do uso despótico do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que, por vir sendo executada de maneira excessiva e com pouquíssimos critérios, expõe-se em perigo a própria definição de personalidade jurídica (BORBA, 2011, p. 368).

Logo, tem-se notado que, em determinados momentos, os tribunais brasileiros têm empregado a teoria da desconsideração de maneira imprudente, pois, com o mero afastamento da personalidade empresária, o instituto não tem a propensão de resolver todas as dificuldades ligadas à pessoa jurídica.

Com essa prática nada aconselhável, poderá surgir a deturpação da própria concepção de personalidade jurídica, o que, seguramente, ocasionará desmesurados danos de ordem social, financeira e econômica.

2 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A desconsideração da pessoa jurídica na Justiça do Trabalho é hoje em dia um instituto que tem causado grande inquietação para os que exercem suas profissões neste campo, principalmente para os sócios e até mesmo ex-sócios das empresas que sofrem execuções trabalhistas.

Embora nenhuma parte do direito se manifeste tão adaptada ao bom emprego dessa teoria, visto que as precipitações das atividades empresárias, de acordo com o

que está disciplinado na legislação, são exclusivas do empregador, na justiça do trabalho, os juízes desta especializada têm empregado de maneira bastante extensa o instituto estudado.

Tal aplicação tem sido realizada em circunstâncias normais, quais sejam o abuso de direito, o excesso de poder, nas ocorrências de transgressão da legislação ou do contrato celebrado, nos episódios em que empresários utilizam-se de meios fraudulentos para obter vantagens; e, até mesmo, o que não podem ser considerada como uma circunstância normal da aplicação do instituto, nos casos de escassez de bens da sociedade, seguindo, por conseguinte, a regra do art. 28³⁹ do CDC (ALVES, 2004, p. 194).

Tal fato acontece porque, como é sabido, se tornou corriqueiro, no processo de execução –definitivo e provisório– da justiça laboral, a utilização dessa teoria pelos magistrados trabalhistas, até mesmo em momento anterior ao esgotamento do patrimônio da sociedade empresária. Esse tipo de atitude poderá ser mais bem avaliado na análise dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, os quais serão analisados, logo adiante, neste trabalho.

Sabe-se também que a Consolidação das Leis do Trabalho tratou da desconsideração da personalidade jurídica na justiça laboral com um formato bem abrangente, pois o art. 2^o⁴⁰ da CLT não determina que seja elaborada prova de fraude, nem de violação jurídica para que empresas de um mesmo grupo econômico sejam responsáveis pelas dívidas advindas do contrato individual do trabalho, bastando que

250

³⁹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provados por má administração.

⁴⁰ Art. 2^o. Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1^o Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2^o Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

todas sejam integrantes do mesmo grupo empresarial para serem consideradas solidariamente responsáveis pelos débitos laborais (GUIMARÃES, 1998, p. 92).

Além disso, são frequentes as ocasiões em que os profissionais atuantes da justiça laboral se deparam com determinações pronunciadas por juízes trabalhistas para verem realizada a constrição do patrimônio dos sócios por intermédio da chamada penhora *online* de valores financeiros.

Ora, é razoável advertir que, em regra, as sociedades empresárias têm personalidade diversa da de seus integrantes, todavia, cada vez mais corriqueira se mostra a situação dos sócios serem considerados responsáveis pelos créditos dos contratos individuais de trabalho, com a demanda trabalhista avançando, por conta disso, sobre seus bens pessoais. Sabe-se que no complexo normativo do trabalho não existe nenhuma norma a respeito do assunto, à medida que art. 8º, parágrafo único⁴¹ e art. 769⁴², ambos da CLT, permitindo que as regras do direito comum sejam fonte acessória do Direito do Trabalho, desde que não contrariem os princípios do mesmo.

Dessa forma, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é vastamente empregado no processo trabalhista com base na aplicação subsidiária na legislação consumerista, especialmente no já mencionado art. 28 do CDC, integrado ao princípio da alteridade e ao da natureza alimentar dos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho (BICALHO, 2004, p. 37).

O emprego do instituto estudado na justiça do trabalho se sustenta no §5º⁴³ do art. 28 do CDC, o qual predetermina a possibilidade de a pessoa jurídica ser desconsiderada todas as vezes em que houver algum tipo de impedimento à indenização de lesões causadas por sociedades empresárias a consumidores (BICALHO, 2004, p. 37).

⁴¹ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for compatível com os princípios fundamentais deste.

⁴² Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.

⁴³ §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores.

Portanto, as normas do Código Civil e legislação especial tratam da desconsideração da personalidade jurídica com uma configuração totalmente subjetiva, ao constituir regras específicas para que o patrimônio dos sócios possa ser alcançado; de outra forma, o Código de Defesa do Consumidor tem regra com maior abrangência acerca do assunto, visto que expande a possibilidade de atribuição da responsabilidade individual dos sócios.

Todavia, não importando qual preceito será empregado na situação fática, o do Código Civil ou de Defesa do Consumidor, o fato é que, para o Processo do Trabalho, a mera carência de bens da empresa já basta para que haja a abertura à persecução dos bens dos integrantes da sociedade, coonestando tal inteligência por razão da hipossuficiência do empregado.

É bom que seja destacado também que não há necessidade de que o sócio tenha participação na fase de conhecimento do processo ou do título executivo judicial para responder com os seus bens, pois a seus encargos, de acordo com o inciso II, do artigo 592 do CPC⁴⁴, têm caráter econômico, e não processual.

Dessa forma, de acordo com Bicalho (2004, p. 53), outro fator a ser considerado é o instrumento processual de defesa do sócio na execução, que são os embargos de terceiro, nos quais haverá a possibilidade de se “debater a qualidade de sócio, a natureza de sua responsabilidade, a retirada da sociedade, entre outras questões”, pois não tendo o sócio participado da fase cognitiva e sendo dispensável sua inserção no pólo passivo da execução, uma vez que o empresário é praticamente considerado como responsável subsidiário, não chamando para si, em grande parte das vezes, a condição de parte, pelo que deve, como já mencionado, valer-se do remédio jurídico consistente na oposição de embargos de terceiro.

Contudo, na hipótese de o sócio ter participado do processo de conhecimento ou citado para fazer parte do pólo passivo da execução antes da penhora de seu patrimônio, contrairá pela citação a qualidade de parte do processo, sendo autêntica a oposição de embargos à execução (BICALHO, 2004, p. 53).

⁴⁴

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: II – do sócio, nos termos da lei.

De acordo com Fragale Filho (2003, p. 286), avaliando-se os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, percebem-se alguns pontos na conduta:

O primeiro deles diz respeito ao conflito existente nas decisões entre o princípio de proteção ao trabalhador e o princípio de distinção entre pessoas físicas e jurídicas. O segundo ponto é a hesitação do Tribunal Superior do Trabalho em aplicar a desconsideração somente para os casos de coibição de fraude e abuso de direito. Em outras palavras, o TST protege os direitos do trabalhador, ainda que isso importe em violar o princípio da autonomia da pessoa jurídica e em não aplicar a desconsideração nos casos realmente previstos no ordenamento jurídico.

Um bom exemplo é o Recurso de Revista nº TST-AIRR-113040-71.1995.5.02.0060 (Data de Julgamento: 12/05/2010; Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010), no qual, amparado pelo artigo 4º, V, §3º da Lei nº 6.830/80⁴⁵, autorizou-se o direcionamento da execução contra os responsáveis das pessoas jurídicas, bem como a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para manter a responsabilização do recorrente pelos débitos trabalhistas da reclamada, sob o fundamento de que ocupou ele a sua presidência e se constatou que as empresas executadas não possuíam patrimônio e havia restado infrutífera a penhora *online* em suas contas bancárias.

Portanto, segundo o julgado, não se prosperou a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* do recorrente, porquanto a execução acabou voltando contra ele, em razão de sua condição de presidente da 4ª executada, apontada como responsável principal, tudo após terem sido frustradas as tentativas de localizar bens das executadas.

⁴⁵ Art. 4º. A execução fiscal poderá ser promovida contra: I – o devedor; II – o fiador; III – o espólio; IV – a massa; V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI – os sucessores a qualquer título. (...);

§ 3º Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no §1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Logo, nota-se uma desnaturação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho.

Ressalte-se, por oportuno, que este trabalho não defende, de maneira nenhuma, a possibilidade de empresários deixarem de pagar seus débitos trabalhistas só por terem personalidade distinta da de suas empresas. Entretanto, não há dúvida que o processo trabalhista desnaturaliza o instituto, havendo, portanto e algumas vezes, uma utilização atécnica da teoria da despersonalização da pessoa jurídica.

2.1 Da responsabilização das sociedades anônimas⁴⁶ fechadas

Sabe-se que as sociedades anônimas são caracteristicamente sociedades de capital, suas ações são facilmente transmissíveis a qualquer indivíduo, pois o que importa é a entrada de financiamentos, nada influenciando os atributos do empreendedor. O que melhor distingue esse arquétipo societário é a valorização do fim comercial a ser atingido, assim como da empresa organizada para efetivá-lo, colocando em nível subsidiário os indivíduos que, investindo no empreendimento, colaboram para a possibilidade de sua existência de seu funcionamento e, por conseguinte, para a efetivação dos fins da sociedade. Antes de sócios, são considerados como acionistas, ou seja, titulares de quotas ideais do patrimônio da empresa (MAMEDE, 2004, p. 384).

Há dois tipos de S/A: a aberta e a fechada. Ao contrário da primeira, a segunda não tem valores mobiliários oferecidos ao público genérico, seu capital advém da contribuição de seus acionistas, comumente em baixo valor. Logo, os interesses da empresa e de seus acionistas são geridos no domínio do contrato societário (BERTOLDI, 2003, p. 250).

Diante destas características, a sociedade de capital fechado tem sido alvejada pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque sua gerência se beira abundantemente o da sociedade de responsabilidade limitada, na qual já é pacífica a utilização do instituto supramencionado.

⁴⁶ Este trabalho mantém a expressão “sociedade anônima” em relação às “sociedades por ações, seguindo, assim, o método tradicional de se designar referidas pessoas jurídicas.

Frisa-se que a sociedade anônima de capital aberto pode ser atingida pela desconsideração da personalidade jurídica, todavia, diferentemente da sociedade anônima de capital fechado, não serão os acionistas os que suportarão a execução contra seu patrimônio, mas sim, de acordo com o art. 158 da Lei 6.404/1976⁴⁷, os administradores que causarem prejuízos na gestão da empresa, caso atuem com culpa, dolo ou violação da lei ou dos estatutos.

Entretanto, como já se pode notar, percebe-se que contra a sociedade anônima de capital fechado, utiliza-se mais as regras da desconsideração da personalidade jurídica, pois sua formação, segundo Comparato (2007, p. 17), já apresenta todas as características de uma sociedade de pessoas:

Bem se vê, portanto, que a velha classificação das sociedades mercantis em sociedades de capitais e de pessoas, que já fora, aliás, criticada por Vivante, aparece agora subvertida; ou melhor, a clivagem entre as espécies passa no interior do próprio dinheiro acionário. Se ainda é aceitável classificar a companhia aberta na categoria das sociedades de capitais, pelo caráter marcadamente institucional, a companhia fechada já apresenta todas as características de uma sociedade de pessoas, animada por um *affectio societatis* que se funda no *intuitu personae*. Ao contrário da simples consideração dos capitais, na companhia fechada prepondera, tanto entre acionistas quanto perante terceiros, a confiança e a consideração pessoal.

255

Porém, há quem acredite que a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima fechada é o primeiro passo para que se desconsidere a personalidade jurídica da sociedade anônima aberta também.

Assim, aplicar a desconsideração da personalidade jurídica na sociedade anônima fechada, uma sociedade de capital, é um desestímulo a livre iniciativa (MOSCATINI, s.p., 2012).

⁴⁷ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto.

Ademais, o mal emprego da desconsideração da personalidade jurídica na sociedade anônima fechada também representa uma falta de apoio ao investimento, visto que fica difícil idealizar quem ousaria, mesmo como investidor, numa sociedade empresária tendo que suportar os riscos inerentes a atividade empresarial e a insegurança jurídica (MOSCATINI, s.p., 2012).

Todavia, embora os argumentos acima apresentados encontrem uma razoável lógica, os mesmos não devem prosperar, pois, como já dito, as S/A de capital fechado em muito se diferem das de capital aberto e a não utilização da desconsideração da personalidade jurídica em face da primeira por receio de a segunda, em um futuro remoto, também começar a ver seu manto descoberto não é motivo para que os créditos trabalhistas não sejam devidamente pagos aos trabalhadores, os quais têm, em grande parte das vezes, uma relação pessoal com os acionistas das S/A de capital fechado.

2.2 Da responsabilidade do ex-sócio

Ainda há a discussão a respeito do ex-sócio da corporação executada, que se afastou da sociedade há mais de dois anos, quando da propositura da reclamação trabalhista. As perguntas são: i) o ex-sócio poderia ser incluído na demanda? ii) seus bens poderiam sofrer constrição nessa hipótese?

Nessa conjectura, encontramos na jurisprudência diferentes entendimentos. O primeiro envolve resposta negativa aos dois questionamentos acima, desde que o ex-sócio tenha se retirado da sociedade há mais de dois anos e não tenha se beneficiado com a força de trabalho do empregado. Por sua vez, outro entendimento envolve aquele em que alguns sustentam que as regras contidas nos artigos 1.003⁴⁸ e 1.032⁴⁹ do Código Civil são, por algumas vezes, inconciliáveis com o Direito do Trabalho e,

⁴⁸ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até 2 (dois) anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

⁴⁹ Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

dessa forma, a responsabilidade do empresário retirante não está restringida aos dois anos, a serem contados posteriormente à averbação de sua saída do empreendimento.

A respeito disso, ampla parte das decisões se funda na concomitância entre o momento da prestação dos serviços pelo trabalhador e a participação do sócio retirante na empresa, justificando que este tem responsabilidade patrimonial, seja de forma absoluta, seja de forma parcial, sem nenhuma fronteira temporal, pelos valores devidamente acolhidos na reclamação trabalhista, pois se considera que ele se beneficiou, mesmo que indiretamente, da mão de obra do reclamante.

Há também, nesse particular, a alegação da incompatibilidade dos art. 1.003 e 1.032 do CC com o direito do trabalho, já que os artigos 10 e 448 da CLT dispõem que o trabalhador não pode suportar qualquer dano em razão da alteração da composição da sociedade.

Nesse sentido, no Recurso de Revista nº TST-AIRR-249400-57.1995.5.06.0171 (Data de Julgamento: 25/06/2014; Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva; 2ª Turma; Data de publicação: DEJT 01/07/2014), manejado em face de decisão do Tribunal Regional da 6ª Região –e depois confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho– em que a parte recorrente se insurgiu contra o acórdão que manteve a extinção, sem resolução de mérito, de embargos de terceiro interpostos ao argumento de que nunca fora parte no processo originário, inclusive porque há mais de treze anos não fazia mais parte da sociedade reclamada, não guardando vínculo algum com o patrimônio e com as dívidas da empresa executada.

Ressaltou o recorrente que o sócio retirante só responde pelos débitos da empresa executada, no caso de desconsideração da personalidade jurídica, até dois anos após a sua retirada da sociedade, não existindo responsabilidade perpétua. Logo, pediu pela nulidade do acórdão em face do cerceamento ao seu direito de defesa.

Todavia, entendeu o TST que para responder à execução, basta a circunstância de que o recorrente integrava a empresa reclamada de forma contemporânea com o contrato de trabalho celebrado com o demandante, gerando-se a presunção de que se beneficiou da força de trabalho por ele despedida. Acresceu-se a isso o fato de que o recorrente não cuidou de adimplir, quando de sua retirada da sociedade, as verbas dos empregados, que se encontravam pendentes naquela ocasião.

Portanto, de acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, não houve como afastar a responsabilidade, mormente quando a empresa executada se encontrava insolvente, fato que autorizou o direcionamento da execução para as pessoas dos sócios e ex-sócios que integravam o quadro societário da empresa quando em curso o contrato de trabalho, aplicando-se ao caso a desconsideração da personalidade jurídica, em face do descumprimento dos propósitos da sociedade, instituto hoje consubstanciado nos artigos 50 do CC e 28 do CDC.

Mas há quem acredite, como já mencionado, que a responsabilidade do sócio retirante não pode ser eterna, uma vez que os artigos 1.003 e 1032 do Código Civil, aplicados de forma subsidiária ao processo trabalhista, demarcam o prazo de até dois anos de sua concreta saída do quadro da sociedade.

A respeito disso, pode-se citar o Recurso de Revista nº 94-42.2010.5.01.0034 (Data de Julgamento: 18/06/2014; Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho; 6ª Turma; Data de Publicação: DEJT 01/07/2014), interposto em face de acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região e depois confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em que, segundo o acórdão recorrido, o recorrente detinha a condição de sócio da reclamada durante a relação de emprego do autor e era responsável pelas obrigações trabalhistas, que perduram por dois anos, de modo solidário, isso após sua saída da empresa, pelo que deve arcar pelos haveres trabalhistas dos empregados, dois anos esses que são contados a partir da averbação da alteração contratual.

Dessa forma, o Tribunal Superior do Trabalho percebeu como justificável a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em face do sócio atual ou retirante quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na elaboração deste trabalho, pode-se perceber que:

a) o processo trabalhista, em alguns momentos, desnaturaliza o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pois os seus pilares, por diversas vezes,

são desrespeitados, existindo, com isso, uma utilização atécnica da teoria. Contudo é de se acentuar que este artigo não é contra a persecução dos bens dos sócios diante de inadimplências destes perante seus empregados, mas sim, faz-se uma crítica à má utilização do instituto estudado, pois o crédito trabalhista deve, sim, ser devidamente pago às partes reclamantes, respeitando-se, no que for possível, as regras da desconsideração da personalidade jurídica;

b) para a defesa do sócio que vê seus bens sendo atingidos pelo instituto estudado, não tendo ele participado da fase do processo de conhecimento, deve este, opor embargos de terceiro; porém, na suposição de o sócio ter participado do processo de cognitivo ou citado para fazer parte do pólo passivo da execução antes da penhora de seus bens, adquirirá pela citação a qualidade de parte processual, sendo legítima a oposição de embargos à execução;

c) as sociedades de capital fechado em muito se espaçam das de capital aberto e empregar a desconsideração da personalidade jurídica em face da primeira por temor de a segunda também começar a ver seu manto descoberto não é razão para que as verbas empregatícias não sejam devidamente pagas;

d) em relação à responsabilização do ex-sócio, percebe-se que os Tribunais, sobretudo o TST, devem uniformizar as maneiras pelas quais há a responsabilização do ex-integrante da empresa, visto que tal uniformização é meio para se estabelecer e se dar cumprimento aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da previsibilidade das decisões; para isso é de se responsabilizar quem realmente teve ganhos por intermédio da mão-de-obra do reclamante.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ALVES, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALVIM, Manuel Arruda. **Direito privado: contratos, direitos reais, pessoas jurídicas de direito privado, responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso de Direito Comercial**, v. 1. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BICALHO, Carina Rodrigues. **Aplicação *sui generis* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho: aspectos materiais e processuais**. Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, jan./jun. de 2004. Disponível em:
http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Carina_Bicalho.pdf.

BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **Teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. In Revista BNDES, 35 de junho de 2011. Disponível em:
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3510.pdf

CAIRU, Visconde de. **Princípios de direito mercantil e leis de marinha**. Tomo V, capítulo XXII. Lisboa, 1819. *Apud* BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica In Revista BNDES, 35 de junho de 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konter. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. 120 *Apud* RETTO, Marcel Gomes Bragança. **Sociedades Limitadas**. Barueri, SP: Manole, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A desconsideração da personalidade jurídica**. In: Alvim, A.; Cerqueira César, J.; Rosas, R. (coord.) **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil**. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Ales. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em:
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev3510.pdf

FRAGALE FILHO, Roberto. **A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código e sua repercussão nas relações trabalhistas**. Revista LTr, São Paulo, v. 67, n. 3, 200.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor**. Aspectos processuais: São Paulo: Max Limonad, 1998.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAMEDE, Gladston **Direito empresarial brasileiro**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Gislane Setti Carpi de. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-22/gislane-setti-desconsideracao-personalidade-juridica-area-trabalhista>.

MOSCATINI, Áurea (coord.); vários autores. **Desclassificação da personalidade jurídica na sociedade fechada**. Disponível em:
http://www.congressodireitocomercial.org.br/2012/relatorios/4_DESCLASSIFICACAO_DA_PERSONALIDADE_JURIDICA_NAS_SOCIEDADES_FECHADAS.pdf

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V.1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V.1.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **Desconsideração da personalidade jurídica: Teoria e legislação no Brasil**. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Vanessa.pdf>.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Abuso da pessoa jurídica e desconsideração**. In: Martins Costa, J. (org.). A reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, V. 248.

PROCESSO JURISDICIONAL E MOVIMENTOS SOCIAIS: UM NOVO ESPAÇO PÚBLICO PARA REIVINDICAÇÕES JURÍDICO-SOCIAIS

*Thadeu Augimeri de Goes LIMA*⁵⁰

*Winnicius Pereira de GÓES*⁵¹

RESUMO: O artigo analisa como o processo jurisdicional atualmente se tornou um espaço público para reivindicações jurídico-sociais e a possibilidade de abri-lo aos movimentos sociais. Traça uma breve sinopse da evolução histórica do significado sociopolítico do processo e da sua hodierna consagração como *locus* adequado para a exigência de concretização de direitos fundamentais sociais. Prossegue com o exame dos fundamentos jurídicos que autorizam *de lege lata* a outorga de legitimidade para agir aos movimentos sociais para a busca de tutela em prol de interesses transindividuais. Ao final, traz as principais conclusões obtidas no estudo. Utiliza preferencialmente os métodos hipotético-dedutivo, histórico-evolutivo e dialético.

262

PALAVRAS-CHAVE: Processo jurisdicional. Espaço público. Reivindicações. Direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT: The article analyzes how the judicial process currently has become a public space for legal social claims and the possibility of opening it to social movements. It traces a brief synopsis of the historical evolution of the socio-political significance of the process and its today's consecration as an appropriate *locus* for the enforcement of fundamental social rights. It continues with the examination of the legal bases that authorize *de lege lata* the grant of standing for social movements to seek protection in favor of trans-individual interests. In the end, it brings the main conclusions reached in the study. It preferably uses the hypothetical-deductive, the historical-evolutionary and the dialectical methods.

KEYWORDS: Judicial process. Public space. Claims. Fundamental social rights.

⁵⁰

Estudante de Pós-graduação - Universidade de São Paulo (USP).

⁵¹

Estudante de Pós-graduação - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

INTRODUÇÃO

É indubitável que o processo jurisdicional sofreu, ao longo dos séculos, verdadeiras transformações paradigmáticas. Com efeito, se em sua origem ele era um importante método heterocompositivo de resolução de conflitos de interesses, no decorrer da História veio a ganhar a conotação de garantia individual e se viu guindado à condição de elemento estruturante do conceito de Estado de Direito.

Para além disso, mais recentemente, a partir da segunda metade do século XX, a reboque da desneutralização política do Poder Judiciário e da sua maior interferência no que concerne à efetivação de direitos fundamentais sociais, o processo jurisdicional foi alçado à condição de novo espaço público de reivindicações jurídico-sociais, caminho que, a nosso ver, não deve experimentar retrocesso enquanto pendentes de implementação as promessas emancipatórias contempladas na Constituição da República.

Por tal razão, mostra-se relevante traçar um breve esboço desse câmbio de paradigmas e indagar acerca da possibilidade de abertura do espaço público processual aos movimentos sociais, na qualidade de legitimados para agir no âmbito judicial.

São preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa proposta, os métodos hipotético-dedutivo, histórico-evolutivo e dialético. Com efeito, a resposta positiva àquela indagação é desde logo posta como certa e submetida à pertinente verificação. Ademais, examina-se o desenvolvimento histórico do processo jurisdicional, bem como são confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitadas juristas que se debruçaram sobre o tema, procurando organizá-las em síntese superadora de suas possíveis contradições.

Na primeira seção, traça-se uma breve sinopse da evolução histórica do significado sociopolítico do processo e da sua hodierna consagração como *locus* adequado para a exigência de concretização de direitos fundamentais sociais. Na segunda seção, ao seu turno, analisam-se os fundamentos jurídicos que autorizam *de*

lege lata a outorga de legitimidade para agir aos movimentos sociais para a busca de tutela em prol de interesses transindividuais. Ao final, traz as principais conclusões obtidas no estudo.

1 O ESPAÇO PÚBLICO PROCESSUAL: UM NOVO *LOCUS* REIVINDICATÓRIO PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A generalização do processo como método heterocompositivo de resolução de controvérsias, a cargo da justiça privada ou pública, representou indubitavelmente uma das maiores conquistas civilizatórias da humanidade, porquanto ensejou a gradual substituição da violência e da força bruta, que grassavam na aurora dos corpos sociais, por um mecanismo mais racional e apto a preservar ou resgatar a paz entre os membros da coletividade envolvidos na disputa de um bem da vida ou por esta afetados direta ou indiretamente (LIMA, 2013, p. 75-76).

Costuma-se apontar no art. 39 da *Magna Charta* de 1215 a origem da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), conquanto seu texto não trouxesse tal locução, que só veio a ser incorporada no ordenamento jurídico inglês com o *Statute of Westminster of the Liberties of London*, editado em 1354, durante o reinado de Eduardo III (GRINOVER, 1973, p. 23-25; NERY JR., 2002, p. 33). Tratava-se desde então da exigência de que qualquer forma de punição ou privação de direitos de alguém fosse precedida de um julgamento estruturado conforme as leis do país.

Mais de quatro séculos depois, o postulado restou consignado nas declarações de direitos e Constituições de várias das ex-colônias britânicas que culminaram por formar os Estados Unidos da América, bem como na sua própria Constituição Federal de 1787, incluído por obra da V Emenda, de 1791, e ampliado, para vincular a atuação dos Estados Federados, pela XIV Emenda, de 1868 (GRINOVER, 1973, p. 26-29; NERY JR., 2002, p. 34-35).

Entre o final do século XVIII e a primeira metade do século XX, o processo jurisdicional, notadamente na área penal, tornou-se garantia reconhecida como

componente do núcleo essencial do Estado de Direito, que foi acolhida em diversas Constituições e declarações e tratados internacionais concernentes a direitos individuais. Nessa ótica liberal, o processo jurisdicional guarda a dimensão de dupla garantia: ativa e passiva. O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilicitude, pode o prejudicado dele se utilizar para buscar preveni-la ou remediá-la. Por outro lado, o processo é garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, tanto a oriunda do exercício unilateral do poder punitivo estatal quanto a praticada por particular em favor da satisfação direta de uma sua pretensão (GRECO FILHO, 1998, p. 46).

Atualmente, o processo jurisdicional mantém sua conotação garantista, porém se vê enriquecido com uma nova e importantíssima faceta político-participativa, assumindo a condição de via ou canal de participação, atuando como instrumento da jurisdição e se habilitando como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que instrumento do poder, é instrumento de participação no poder. Enfim, é um *microcosmo da democracia*, pois realiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania (ABREU, 2008, p. 440).

A transição do Estado Liberal ao Estado Social e em seguida ao Estado Democrático de Direito, *grosso modo*, em todos os países que encamparam tal formato, trouxe consigo inafastáveis conseqüências, dentre elas a admissão de força normativa à Constituição e aos princípios nela previstos, a expansão do catálogo de direitos fundamentais, passando a incorporar vasto número de direitos de natureza prestacional, e a criação ou ampliação dos mecanismos de jurisdição constitucional, exercitáveis em processos objetivos ou subjetivos e destinados a combater não só os comportamentos inconstitucionais comissivos dos Poderes Públicos, como também os omissivos.

Além disso, houve a revalorização do Direito, que passou a ser reconhecido como dotado de potencial transformador da realidade social. A lei, antes medida de todas as coisas no campo jurídico, cede espaço à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mensuração, é destronada em favor de uma instância mais alta (ZAGREBELSKY, 2009, p. 40). E, nesse renovado contexto, sobressaiu-se o Poder Judiciário, agraciado com a missão de guardião da Lei Maior (DINAMARCO, 2005, p. 35). Por conseguinte, já é lugar comum dizer, a vetusta e depreciativa figura do “juiz boca da lei” (*positivista exegético*) sai de cena, em favor do *juiz constitucional*, responsável por zelar pela *plena juridicidade* (*legalidade constitucional* ou *legalidade qualificada*) dos atos estatais.

A atual Constituição Federal trouxe em seu art. 1º. a menção ao conceito de Estado Democrático de Direito, atribuindo expressamente à República Federativa do Brasil tal qualidade. Ademais, na esteira dos paradigmas inspiradores, elencou em seu bojo invulgar número de direitos, dotados destarte de *fundamentalidade formal e material* (ALEXY, 2008, p. 520-523; SARLET, 2009, p. 74-78).

A problemática maior dos chamados direitos a prestações, direitos sociais prestacionais ou simplesmente *direitos sociais* consiste na sua efetividade, quer-se dizer, na sua implementação prática e conseqüente fruição pelos beneficiários, uma vez que, conforme explana José Eduardo Faria (2004, p. 272-273), ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidas pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são *autoexecutáveis* e menos ainda fruíveis ou exequíveis de forma individual, esses direitos têm sua efetividade dependente de um *welfare commitment*, um *compromisso de bem-estar*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, culmina por implicar na denegação desses direitos.

Eis que, dentre os espaços públicos disponibilizados para a reivindicação dos direitos fundamentais sociais, sobrelevaram-se o mecanismo processual e o Poder Judiciário, cada vez mais chamado a corrigir omissões e disfunções dos demais Poderes Públicos. Pode-se afirmar que o processo jurisdicional é um verdadeiro *espaço público* porque se trata de um ambiente institucional acessível e tendencialmente aberto a todos, dialético, dialógico e discursivo, no qual os interesses contrapostos são submetidos a um amplo debate contraditório e obtêm ao final uma decisão racionalmente fundamentada, que consubstancia um ato de poder definidor da situação controvertida posta sob apreciação.

No magistério de Carlos Alberto de Salles (2013, p. 202-203), o exercício da jurisdição no Estado Moderno e contemporâneo tem o processo como característica inerente. O processo nasce exatamente como disciplina do poder jurisdicional, atendendo à necessidade de garantia do jurisdicionado quanto ao exercício da jurisdição pelo poder soberano. Em sua concepção moderna e atual, o processo é uma projeção do *modelo legal-racional de Direito* aplicado ao exercício da jurisdição. A esse propósito, a evolução do processo é correspondente à evolução do modo de exercício da própria jurisdição.

Para Rosemiro Pereira Leal (2012, p. 45), a hermenêutica desenvolvida no *procedimento processualizado* (vale dizer, *em contraditório*), nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical e absolutista do Direito, mas como exercício democrático de *discussão horizontal* de direitos pelas partes no *espaço-tempo* construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença), que há de ser “a conclusão” das alegações das partes, e não um ato eloquente e solitário de realização de *justiça*.

Em linha similar, Daniel Mitidiero (2007, p. 30-31) aduz que situar a jurisdição ao centro da teoria processual revela visão unilateral do fenômeno processual e ignora a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na doutrina constitucionalista hodierna. De acordo com o autor, não se nega o papel fundamental da jurisdição no quadro do processo, mas antes se reforça a

condição das partes, igualmente fundamental para o bom êxito do processo e para o alcance da justiça no caso posto em juízo, eis que o formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do juiz e dos contraditores. Outrossim, continua, a compreensão do processo como polo metodológico central da ciência processual bem responde ao caráter problemático assumido pelo Direito nos tempos atuais, para cuja solução concorrem argumentativamente todos os que participam do feito. Acentua o processualista gaúcho que a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética, do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário, e que, por outro lado, a democracia participativa sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto do poder pelo povo, potencializando-se o valor participação e incrementando-se as posições jurídicas das partes, a fim de que se constitua firmemente um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais. Por derradeiro, adverte, processo não é sinônimo de formalismo, visto que o *processo justo* é aquele substancializado e permeado, em sua estrutura íntima mínima, pelos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, as ações coletivas compõem instrumental capaz de manifestar poderosa influência modernizadora no sistema processual, uma vez que, superando a concepção da ação processual como expressão de um conflito individual, abrem campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito (SILVA, 2006, p. 319).

A partir das premissas até agora consignadas, e voltando os olhos ao ordenamento jurídico pátrio, é que procuraremos demonstrar que o espaço público processual, notadamente pela via das ações coletivas, é perfeitamente acessível também aos *movimentos sociais*, considerados pelos estudiosos *novos sujeitos sócio-históricos*, que emergem de uma “subjetividade” intersubjetiva e se constituem a partir de uma certa comunidade de vida, desde uma comunidade linguística, uma certa memória coletiva de gestos de libertação, necessidades e modos de consumo semelhantes, uma cultura com alguma tradição ou projetos históricos concretos aos quais se aspira em esperança solidária. Os participantes podem falar, argumentar, comunicar-se, chegar a consensos, ter corresponsabilidade, consumir produtos

materiais, ter desejos de bens comuns, ansiar por utopias, coordenar ações instrumentais ou estratégicas, “aparecer” no âmbito público da sociedade civil com um rosto semelhante que os diferencia dos outros (CORRÊA, 2004, p. 97; DUSSEL, 2007, p. 531).

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (1997, p. 124-125), os novos sujeitos coletivos aqui tratados não são quaisquer movimentos sociais momentâneos e pouco estruturados, de reivindicação ou de protesto, mas aquelas estruturas sociais mais permanentes e estáveis que corporificam uma nova forma de fazer política. São novos movimentos sociais que reúnem um conjunto de características comuns, unidas por uma lógica organizacional democrático-coletivista composta pela identidade de objetivos, valores, formas de ação e atores sociais, critérios que permitem qualificá-los como “novos” para distingui-los das antigas práticas reivindicatórias imediatistas de ação coletiva. O “novo” se refere à ação consciente e espontânea posta em movimento, representada por grupos associativos e comunitários, como os movimentos dos “sem-terra” (rurais e urbanos), dos negros, das mulheres, dos direitos humanos, dos ecólogos, dos pacifistas e dos religiosos (Comunidades Eclesiais de Base). O “novo” está no fato de serem manifestações com capacidade de surgir “fora” da cena política institucional, fundadas em razões que não só transcendem os estreitos interesses de produção e consumo, mas, sobretudo, compõem uma nova identidade coletiva, capaz de romper com a lógica do paradigma social dominante e se libertar das formas opressoras de manipulação e cooptação, criando alternativas implementadoras de práticas democráticas participativas. Em meio às possibilidades entreabertas, o caráter inovador favorece as condições que permitem esboçar uma conceituação desses movimentos sociais, enquanto categoria operacional. Assim sendo, os novos movimentos sociais devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com reduzido grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais.

Ainda na lição de Wolkmer (1997, p. 128, 130), a constituição de identidades coletivas espontâneas, informais e descentralizadas tende, de um lado, a rejeitar

procedimentos formalizados e padrões hierarquizados representados pelos mecanismos de delegação mandatária, e, de outro, a superar o quadro institucional vigente, marcado classicamente pelo poder ordenador do Estado. As ações mediatizadas por “vontades coletivas”, ao transcenderem os mecanismos de representação política, alargam o espaço de interação pública, definem novas fontes de legitimidade, politizam progressivamente a vida social e imprimem novas formas de relações e de organização social que independem dos padrões ritualizados da “institucionalização” convencional. Na medida em que os movimentos sociais constituem segmentos transformadores, matizados tanto por uma “mínima” padronização institucional quanto por um perfil flexível, adaptativo e não-autoritário, não implicam eles, os movimentos, necessariamente a institucionalização, que limita e restringe o seu poder social. A institucionalização não precisa ser absolutamente erradicada, desde que respeite a natureza, a autonomia, a identidade e a dinâmica dos grupos coletivos e comunidades alternativas. Por outro lado, o que importa reter é que, não obstante os movimentos se contraponham às diversas formas de institucionalização (partidos políticos, organizações sindicais e agências ou órgãos estatais), não se pode deixar de reconhecer que os mesmos intrinsecamente enfrentam contradições e ambiguidades inerentes à sua própria condição, que há de ser tipificada como de “baixo nível ou grau de institucionalização”. O que permite afirmar que uma “certa” ou “mínima” institucionalização presente em processos históricos e permanentes, mediatizados pelos novos movimentos sociais, não descaracteriza a natureza de sua identidade autônoma e emancipatória.

Para Elídia Aparecida de Andrade Corrêa (2004, p. 97), os movimentos sociais organizados, decorrentes da evolução sócio-histórica da sociedade, ainda que sem personalidade jurídica, têm legitimidade para buscar o reconhecimento de sua condição de sujeito de direito e de defender seus direitos contra todos, inclusive contra o grupo dominante. Por isso, o ordenamento de dada sociedade deve acompanhar a evolução social e criar meios e instrumentos, jurisdicionais ou não, para que os novos sujeitos de direito sócio-históricos possam exercer seus direitos ou, no desrespeito a eles, para que possam tutelá-los através do Direito oficial (aplicado pelo Poder

Judiciário) ou do Direito não-oficial (instâncias comunitárias descentralizadas ou outros meios alternativos de solução de conflitos).

Como adiantamos, e discorreremos mais detalhadamente na próxima seção, parece-nos que o ordenamento jurídico nacional *já permite* aos movimentos sociais o acesso ao espaço público processual, notadamente pela via das ações coletivas.

2 UMA PROPOSTA EXEGÉTICA (OUSADA?) DE LEGE LATA: RECONHECER A LEGITIMAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS PARA AS AÇÕES COLETIVAS

A demonstração de que o sistema normativo brasileiro, *de lege lata*, embora implicitamente, já autoriza aos movimentos sociais o manejo das ações coletivas, depende da construção de um raciocínio que perpassa as searas do Direito Processual, da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, e que doravante passamos a expor.

Primeiramente, frisamos que a doutrina processual costuma asseverar que a *legitimidade para agir*, condição legalmente exigida para o lícito exercício do direito de ação, que se apresenta no *plano processual*, decorre de uma *situação legitimante* colocada no *plano do direito material*, a qual, em linhas gerais e via de regra, diga-se, na chamada *legitimação ordinária*, pode ser identificada com a titularidade de uma *esfera jurídica pessoal* afetável pelo provimento jurisdicional (reconhecendo ou negando um direito ou obrigação, por exemplo).

Ocorre que restringir a situação legitimante que dá azo à legitimidade ordinária unicamente à titularidade de uma esfera jurídica pessoal afetável pelo provimento jurisdicional, como habitualmente se faz, é opção metodológica impregnada de ranço privatista e individualista, incompatível com a visão publicista do sistema processual inerente ao Estado Democrático de Direito e com a percepção da dimensão política e social do direito de ação e da legitimidade para agir. Eis porque cumpre destacar que não só a titularidade de esfera jurídica pessoal, mas igualmente a *titularidade de função* se traduz em situação legitimante que configura a *legitimação ordinária* (LIMA, 2013, p. 215-221). Vale detalhar melhor a ideia.

Explica Jorge Miranda (1997, p. 8-9) que dois são os sentidos possíveis de *função do Estado*: o de *fim, tarefa ou incumbência*, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social, e o de *atividade com características próprias, passagem à ação, modelo de comportamento*. No primeiro sentido, a função representa um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio, ou uma tentativa, de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado – da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do meio ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar, e é ainda uma maneira do Estado ou dos governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder. No segundo sentido, a função – agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – entronca nos atos e atividades que o Estado, constante e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam, define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades e se revela indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública. No primeiro sentido, a função *não se relaciona apenas com o Estado enquanto poder, mas também com o Estado enquanto comunidade*. Tanto pode ser desempenhada só pelos seus órgãos constitucional ou legalmente competentes e por outras entidades públicas como pode ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementaridade e subsidiariedade, tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento. No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação específica do poder político, um modo tipificado de exercício do poder, e precisa ser apreendida em tríplice perspectiva, material, formal e orgânica.

Em resumo, a *função do Estado*, na lição do constitucionalista português e naquele primeiro sentido, que é o que aqui mais interessa, consubstancia uma finalidade ou tarefa concernente a necessidade ou interesse da coletividade, ou de alguns de seus setores, e que diz respeito à *comunidade como um todo*, isto é, à *inteira sociedade civil*, não somente ao Estado enquanto sua personificação jurídica, eis

porque pode ser perseguida tanto por entidades e órgãos componentes da estrutura estatal quanto por grupos, segmentos ou pessoas integrantes do corpo social, na dependência das coordenadas em vigor em certo contexto histórico-geográfico, sociopolítico e jurídico. A *função do Estado*, destarte, é vista com caráter *substancial e não privativo do aparelho burocrático público*. Corolário dessa mirada, ademais, é a constatação de que *algumas funções são outorgadas por lei (constitucional ou infraconstitucional)*, ao passo que *outras surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico*, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º, *caput*, inciso V, e parágrafo único, da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo” (LIMA, 2013, p. 217).

O Estado Democrático de Direito exsurge como o ambiente privilegiado de uma interação justa e equilibrada entre as esferas pública e privada, repercutindo na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista. No caso específico do Estado Brasileiro, é o que se depreende inequivocamente da leitura das promessas trazidas no art. 3º. da Lei Maior, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Assim, preconiza-se um compromisso irrevogável do Estado (enquanto Poder Público e enquanto sociedade civil) com os interesses sociais em sentido lato (interesse público, interesses difusos e interesses coletivos) e os individuais indisponíveis, notadamente os relativos aos direitos fundamentais, cujas satisfações lhe incumbe perseguir, inclusive na via judicial e por intermédio das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos referidos ao seu povo (LIMA, 2013, p. 217-218).

Logo, aceito que as funções estatais, no sentido que se enfatizou, pertinem imediatamente ao ente público e à comunidade, imperioso concluir que é *ordinária* a

legitimação das entidades e dos órgãos do aparelho público ou dos corpos intermediários e até dos indivíduos para demandar a tutela jurisdicional em favor do interesse público, dos interesses difusos, dos interesses coletivos e também de alguns interesses individuais indisponíveis. Portanto, *é legitimado ordinário o titular de função cujo desempenho seja diretamente afetável pelo provimento jurisdicional*. Cuida-se de *legitimação ordinária* que se pode chamar de *funcional*, ao lado da tradicional, que se pode nominar *pessoal*. Essa *legitimidade ordinária funcional*, por sua vez, pode ser dividida em *individual*, quando diga respeito à tutela de certos direitos individuais indisponíveis, e *transindividual*, quando diga respeito à tutela do interesse público e dos interesses difusos e coletivos. Outrossim, é possível extrair diretamente da Constituição ou do modelo de Estado nela plasmado os substratos materiais que se traduzem processualmente em situações legitimantes ensejadoras da legitimidade ordinária pessoal ou da funcional (LIMA, 2013, p. 218, 232).

Quer-se dizer com isso que é possível identificar a *titularidade de esfera jurídica pessoal* ou a *titularidade de função* por meio da interpretação constitucional, a qual, de acordo com Eros Grau (2009, p. 279-282), não é exclusivamente do texto da *Constituição escrita*, da *Constituição formal*, mas da *Constituição real*, compreendida como expressão do *ser político do Estado*, atividade em que o intérprete não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a *constituição* do povo ao qual ela corresponde.

Pouca ou nenhuma dúvida levanta a identificação da *titularidade de esfera jurídica pessoal*, posto que, sempre que se tratar de discussão acerca de direitos individuais, ainda que constitucionais e mesmo quando implícitos ou decorrentes do sistema, haverá a possibilidade de os referir a um ou mais sujeitos determinados, que serão exatamente os titulares das esferas jurídicas em questão.

Também pouca ou nenhuma dúvida levanta a identificação da *titularidade de função* quando ela vem delineada no texto da Constituição, ainda que em formulação mais genérica, tal como ocorre com o Ministério Público no art. 127 e com a Defensoria Pública no art. 134, *caput*. A partir deles já se pode extrair, por via interpretativa, uma ampla gama de funções para as instituições em apreço.

Porém, retomando argumento que se enfatizou antes, a *função do Estado* deve ser vista com caráter *substancial e não privativo do aparelho burocrático público*, o que implica como corolário a constatação de que algumas funções surgem espontaneamente no seio da sociedade e são meramente “referendadas” pelo ordenamento jurídico, como manifestação prática das disposições contidas no art. 1º., *caput*, inciso V, e parágrafo único, da Carta Magna, que consagram o pluralismo político e a máxima de que “todo o poder emana do povo”.

Dentre essas funções surgidas espontaneamente no seio da sociedade, merecem destaque as desempenhadas pelos *movimentos sociais*.

Rodolfo de Camargo Mancuso (1994, p. 162-164, 168) assevera que a outorga de legitimação para agir a certos grupos organizados e definidos, reconhecidos pelo Estado como *legítimos* portadores de certas massas de interesses, atende à preocupação estatal de evitar abuso na participação popular na gestão de certos assuntos que, em princípio, recaem na seara da Administração Pública ou do Ministério Público; de sorte que, ao chancelar a atividade dessas associações, admite-as no papel de “colaboradoras do bem comum”. Os interesses difusos, se recebem tal denominação, é justamente porque não são suscetíveis de agregação definitiva em grupos sociais pré-determinados. A *difusão* vem do fato de que esses interesses haurem sua legitimidade do simples fato de sua *relevância* para um conjunto mais ou menos indeterminado de indivíduos. Quanto ao objeto, ele é insuscetível de atribuição ou fruição exclusiva. Em tais condições, parece mesmo contraditório exigir-se rigor formal na constituição dos grupos que se pretendem portadores desses interesses. De outra parte, uma das características desses interesses é sua tendência à rápida transformação, ou seja, muitas vezes eles têm que ser exercidos prontamente, não havendo tempo hábil para atendimento a rigorismos formais na constituição do grupo interessado. A existência da personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais, deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses supraindividuais, pela natureza mesma deles. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para obterem legitimação ativa, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinar

em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado. O que conta não é a existência legal do grupo portador, como pessoa jurídica, e sim a existência de certos dados *objetivos*, como a relevância social do interesse e a adequada representatividade do grupo portador.

Prossegue Mancuso (1994, p. 169-171), aduzindo que o dogma da personalidade jurídica vem sendo repensado e vem perdendo muito de seu prestígio de outrora. Por um lado, a teoria da pessoa moral como *ficção* cedeu terreno à teoria chamada *realista*, esta sustentando que a personificação não deriva *ex lege*, e sim da capacidade objetiva do grupamento de se impor como expoente de um interesse coletivo. Por outro lado, afirma-se a teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, pretendendo que a pessoa jurídica não deve perder sua *transparência*; a pessoa moral nada mais seria do que uma universalidade de bens e pessoas com o fito de *fazer coletivamente o que cada um dos seus integrantes poderia fazer individualmente*. Se uma tal evolução está se registrando no que tange às pessoas jurídicas propriamente ditas, *a fortiori* se haverá de admitir que, em se tratando de grupos portadores de interesses difusos, não é relevante a questão da personalidade jurídica, recaindo a tônica na *importância social do interesse* (sua *legitimidade*) e na *representatividade do grupo*, como elementos objetivos ensejadores da legitimação para agir, até porque é curial que deve prevalecer a *tutela* desses interesses, antes que o mero reconhecimento da higidez jurídico-formal do grupo que deles se faz portador. A legitimação para agir, nesses “grupos ocasionais”, seria ainda ordinária, visto que a ação do grupo e os interesses difusos nela veiculados se tornam de tal modo indissociáveis que se pode dizer que o grupo age em nome próprio, por direito próprio.

Com efeito, tal qual preleciona Clayton Maranhão (2012, p. 5), as categorias do sujeito de direitos (no Direito Civil) e de parte (no Direito Processual) bem demonstram uma linguagem generalizante, abstrata, distante do mundo habitado por seres humanos de carne e osso, eis porque a dignidade humana deve ser resgatada. O “conflito” entre o ser humano de carne e osso e a categoria abstrata e generalizante do sujeito de direito resulta de uma “técnica” de codificação do campo jurídico, como

uma “forma” de perpetuar o projeto da Modernidade, fazendo todos os diferentes, da noite para o dia, formalmente iguais perante a lei. Ademais, como bem lembra Gelson Amaro de Souza (2005, p. 11), a dignidade do ser humano é fim e não meio. O Direito positivo é apenas meio para se chegar ao fim que é o respeito à dignidade da pessoa. A dignidade do homem é intangível, tratando-se de obrigação de todo o Poder Público respeitá-la e protegê-la.

Ora, na linha do que vem sendo defendido neste trabalho, considerando que o substrato material da situação legitimante, quanto aos direitos transindividuais, consiste na *titularidade de função*, e vindo esta a ser desempenhada por um movimento social, impende reconhecer, como consequência, a sua *legitimidade ordinária (funcional transindividual) para agir em juízo*, não obstante deixe de ostentar personalidade jurídica. Basta que se lhe reconheça a *personalidade judiciária*, ou *capacidade de ser parte*, o que não é nada incomum no sistema processual pátrio. Observe-se que o art. 12 do Código de Processo Civil já contempla cinco hipóteses de entes desprovidos de *personalidade jurídica*, porém detentores de *personalidade judiciária* ou *capacidade de ser parte*: a massa falida (inciso III), a herança jacente ou vacante (inciso IV), o espólio (inciso V), as sociedades de fato (inciso VII) e o condomínio (inciso IX). Todos eles podem comparecer em juízo, representados pelas pessoas expressamente indicadas na lei, para demandar ou ser demandados. Em acréscimo, vale notar que a jurisprudência tem se firmado no sentido de reconhecer ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), notório movimento social de âmbito nacional, tanto a personalidade judiciária quanto a legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ações possessórias (LIMA, 2013, p. 237-238).⁵²

277

⁵² Neste sentido, dentre outros, os seguintes julgados: “[...] não prevalece a posição firmada pelos apelantes sustentando a ilegitimidade passiva ‘*ad causam*’ do MST, pois ainda que se trate de ente despersonalizado e destituído de patrimônio, a presença do movimento é concreta e todas as ações voltadas para a ocupação da terra são administradas por coordenadores, em diferentes níveis. Ainda, a invasão de propriedade não encontra sustentação na ordem jurídica vigente, não obstante os objetivos dos movimentos políticos organizados, dentre eles o MST, possam até parecer justos. Como consequência, a existência do movimento, ainda que na informalidade, não pode ser ignorado pela justiça. Tal efeito ajusta-se aos presentes autos ao conferir legitimidade passiva ao MST, conforme a jurisprudência colacionada na r. sentença de primeira instância, [...]” (TJPR, Ap. Cív. 163639-2, 10ª. Câ. Cível, Rel. Juiz Subst. 2º. Grau Lélia Samardã Giacomet, j. 17.11.2005, disponível em:

Para se resolver o problema da capacidade processual dos movimentos sociais, é suficiente a aplicação analógica do inciso VII do art. 12 do CPC, tomando-se no lugar da pessoa responsável pela administração dos bens da sociedade de fato, mencionada no dispositivo, a(s) pessoa(s) incumbida(s) da liderança ou direção do grupo. Outrossim, caso se apresentem dúvidas sobre quem ocupa tal posição, faz-se viável o recurso à conhecida *teoria da aparência* (LIMA, 2013, p. 238).

Voltando-se ao tema da legitimação para agir dos movimentos sociais em prol de direitos transindividuais, frisa-se que ela se assenta em situação legitimante cujo substrato material, qual seja, a titularidade de função espontaneamente surgida no seio da sociedade, decorre do modelo de Estado Democrático de Direito acolhido positivamente pela Constituição da República de 1988, impondo uma *interpretação conforme* ao art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e ao art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Calha enfatizar que, muitas vezes, a lei processual que define um quadro de legitimados para a propositura de certas ações tem *eficácia meramente declarativa*, pois tão-somente *reconhece que o substrato material da situação legitimante (titularidade de função) preexiste no ordenamento substancial* e que a *legitimação (ordinária funcional) para agir em juízo lhe é uma consequência processual natural*. Assim, apenas a *explícita*. Disso resulta que o rol de legitimados contemplado nos citados preceitos há que ser compreendido como meramente exemplificativo, e não taxativo. Registre-se, por fim, que não é estranha à Lei Maior a hipótese de legitimidade para a propositura de ação coletiva por ente despersonalizado não integrante do aparelho estatal: ela mesma, no art. 232,

278

<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1455003/Acórdão-193639-2>>, acesso em: 05.11.2012); “EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO PROPOSTA PELO REPRESENTANTE LEGAL DO MOVIMENTO DOS SEM TERRA EM NOME PRÓPRIO, NÃO EM NOME DA ENTIDADE QUE REPRESENTA - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - EXCEÇÃO NÃO CONHECIDA - O excipiente não pode substituir-se ao Movimento dos Sem Terra, entidade não governamental, do qual é o representante no Paraná, contra quem a ação principal foi proposta, já que a citação foi contra o M.S.T. dirigida, não contra ele. Em nenhum momento foi ele chamado a integrar a lide principal e não sendo parte naquele feito, nem requerendo sua inclusão como terceiro interessado, por falta de interesse e legitimidade é de não se conhecer a presente exceção.” (TAPR, Exc. Susp. 136871-4, 6ª. Câm. Cível, Rel. Juiz José Laurindo de Souza Netto, j. 29.11.1999, p. DJ n. 5.577, de 18.02.2000, disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/198145/Acórdão-136871-4>>, acesso em: 05.11.2012). Para mais exemplos jurisprudenciais no mesmo sentido, consulte-se RAFAEL CASELLI PEREIRA (2011).

confere-a às comunidades indígenas para a defesa de seus interesses (LIMA, 2013, p. 238-239).

Pensar o contrário é continuar preso ao paradigma liberal-individualista-normativista, que atrai, com razão, a incisiva crítica de José de Albuquerque Rocha (1991, p. 156), de acordo com quem a legitimidade e o interesse de agir têm o claro objetivo de fechar as portas do Judiciário aos interesses sociais de grupos e de coletividades, sobretudo no Processo Civil, onde é maior a sua relevância. Adverte o mestre que, de fato, se só o titular da situação jurídica pode defendê-la em juízo, quando houver interesse de fazê-lo, a consequência é que os chamados interesses coletivos ficam, em princípio, excluídos da proteção jurisdicional do Estado, evitando-se assim que o Judiciário se transforme em instância de decisão dos problemas sociais, o que não interessa ao sistema, justamente porque são os problemas mais importantes da sociedade contemporânea.

279

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, além de conceder voz a novos atores oriundos da sociedade civil nos processos públicos de concretização da Carta Magna, ainda reconfigurou a partilha do poder e os contornos das funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ambiente em que o último restou sobejamente privilegiado, tornando-se um verdadeiro e novo *locus* reivindicatório de direitos fundamentais sociais.

O direito de ação, por conseguinte, captado como *direito de obter a prestação jurisdicional integral*, agora é inserido no quadro dos direitos fundamentais, vinculado indissociavelmente à aspiração do *acesso à ordem jurídica justa* e também reconhecido como *mecanismo de controle do poder e de participação democrática no seu exercício*.

A legitimação para agir, condição legalmente exigida para o lícito exercício do direito de ação, não é um instituto jurídico puramente técnico e política e socialmente neutro. Ao revés, seu desenho em cada ordenamento jurídico depende da

articulação e da compatibilização dos escopos do sistema processual jurisdicional, pautadas no *modelo de Estado plasmado no Texto Constitucional*.

O modelo do Estado Democrático de Direito, consagrando princípios como os da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político, da democracia participativa e da solidariedade, exsurge como o ambiente privilegiado de uma interação entre as esferas pública e privada e repercute na equitativa divisão de responsabilidades entre o Poder Público (Estado como pessoa jurídica ou aparato organizado) e a sociedade civil (Estado como comunidade), em uma dimensão política liberal-democrática e social solidarista.

Disso é viável inferir a legitimação dos movimentos sociais para deduzir em juízo pretensões concernentes a interesses transindividuais, não obstante consistam em entes despersonalizados, posto que podem titularizar ou portar funções surgidas espontaneamente no seio da sociedade.

Em suma, negar a legitimidade para agir e, por conseguinte, o acesso à justiça a esses novos sujeitos coletivos, com apoio em álibi argumentativo comprometido com uma opção político-ideológica conservadora, significa privá-los de importantíssimo espaço público de reivindicações, relegando-os, talvez *ad eternum*, à condição de párias de um sistema processual jurisdicional que se quer, por explícito desejo constitucional (art. 5º, inciso XXXV), absolutamente democrático e inclusivo.

280

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *O processo jurisdicional como um “locus” da democracia participativa e da cidadania inclusiva*. 2008. 544 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/tedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=757>. Acesso em: 12 jan. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORREIA, Elídia Aparecida de Andrade. Os novos sujeitos de direito sócio-históricos. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 4, n. 4, p. 81-97, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed.

São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARANHÃO, Clayton. Notas para uma análise sociológica do direito processual civil. Disponível em:
<www.academia.edu/225750/Notes_towards_the_sociological_approaches_of_civil_procedure>. Acesso em: 10 out. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 5.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em:
<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rafael Caselli. Ação coletiva passiva (defendant class action) no direito brasileiro. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, 01 jul. 2011.

Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/index.php/doutrina/25-volume-2-numero-3-trimestre-01-07-2011-a-30-09-2011/114-acao-coletiva-passiva-defendant-class-action-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 201-217.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. Direitos humanos e processo civil. *Argumenta*, Jacarezinho, v. 5, n. 5, p. 8-44, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.