

# FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO



VI  
SIACRID

SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO



ORGS.

CARLA BERTONCINI

DANIEL MARQUES DE CAMARGO

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Carla Bertoncini & Daniel Marques de Camargo  
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves  
(Editor)

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

**Comissão Científica do VI SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)  
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

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

---

Função Política do Processo / Carla Bertoncini & Daniel  
Marques de Camargo, organizadores. - 1. ed. -  
Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio  
Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-34-0

1. Função Política do Processo. Carla Bertoncini & Daniel  
Marques de Camargo.

CDU-340

**Índice para catálogo sistemático**

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

As ideias 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

<b>A MAIOR AMEAÇA A UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: O JULGADOR QUE DECIDE CONFORME A PRÓPRIA CONSCIÊNCIA E ACREDITA FAZER PARTE DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO</b>	<b>5</b>
---	----------

Fernanda de Matos Lima MADRID  
André Félix Gustavo BARRETO

<b>A BUSCA DA VERDADE ATRAVÉS DO PROCESSO: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O PROCESSO CIVIL E PENAL</b>	<b>23</b>
---	-----------

Lauren Soares de Andrade LOPES  
Guilherme Barboza dos SANTOS

<b>A DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DA PAZ A PARTIR DO ENTE ESTATAL: SOBRE A POSSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA</b>	<b>39</b>
---	-----------

Ana Paula MEDA  
Patrícia Naomi ASAKURA

<b>AS DIFERENTES FORMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VERSAM DIREITOS SOCIAIS</b>	<b>57</b>
---	-----------

Natacha Ferreira Nagao PIRES  
Jefferson Fernandes NEGRI

<b>ATUAÇÃO DECISÓRIA JUDICIAL E RESPONSABILIDADE MORAL</b>	<b>77</b>
--	-----------

Gilmara Aparecida Rosas TAKASSI  
José Eduardo Ribeiro BALERA

<b>DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO: A CISÃO ARGUMENTATIVA DE HABERMAS E ALEXY</b>	<b>95</b>
---	-----------

Nicolas Dourado Galves ALVES  
Wellington Boigues Corbalan TEBAR

<b>DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA POR INTERMÉDIO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	<b>114</b>
---	------------

Gelson Amaro de SOUZA  
Nayara Maria Silverio da Costa DALLEFI

<b>DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (EXEGESE DO ART. 489, § 1º, DO NCPC)</b>	<b>131</b>
---	------------

Gustavo POMPÍLIO  
Eduardo Augsto Salomão CAMBI

<b>EMBARGOS INFRINGENTES: A TÉCNICA DE COMPLEMENTAÇÃO DE</b>	
--	--

**JULGAMENTO DIANTE DO QUE PROPÕE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** 146

Michel Franklin da Veiga BERNARDES  
Lucas Probst OLIVEIRA

**PODER JUDICIÁRIO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: PERSPECTIVAS A PARTIR DA CRISE DO SISTEMA JUDICIÁRIO E DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS** 164

Vinícius José Corrêa GONÇALVES

**POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO: TEORIA DO DIREITO LEGITIMADORA DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA** 188

Artur César de SOUZA  
Jéssica Amanda FACHIN

**REFLEXÕES SOBRE A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A EXCEÇÃO DECORRENTE DO FLAGRANTE DELITO** 205

Henrique Hoffmann Monteiro de CASTRO  
Valter Foletto SANTIN

**TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – O VELHO PROBLEMA DOS VERBETES** 220

Leonam de Moura Silva GALELI  
Gabriela VALENTINARI

# **A MAIOR AMEAÇA A UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: O JULGADOR QUE DECIDE CONFORME A PRÓPRIA CONSCIÊNCIA E ACREDITA FAZER PARTE DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO**

Fernanda de Matos Lima MADRID<sup>1</sup>  
André Félix Gustavo BARRETO<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho analisa o papel do juiz criminal em um Estado Democrático de Direito. Por meio da pesquisa, demonstramos que o julgador que possui o garantismo jurídico como perspectiva, melhor promove um processo penal democrático, proporcionando um processo mais dialético e com menos desigualdade entre as partes. Além disso, alertamos sobre o problema do magistrado decidir conforme a própria consciência e o perigo de admitir julgadores que acreditam fazer parte da segurança do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz. Estado Democrático. Processo Penal. Garantismo Jurídico. Consciência.

## **ABSTRACT**

This work analyze the paper of the criminal judge in a Democratic State of Law. Trough the research, we show the judge who has the legal garantism as perspective, can promotes better a criminal process, providing a process more dialectal and with less inequality between the parties. In addition, we warned about the problem of judge decide according to his self conscience and the danger to admit judges who believe to be part of the state security.

**KEY-WORDS:** Judge. Democratic State of Law. Criminal Process. Legal Garantism. Conscience.

## **INTRODUÇÃO**

O enfoque deste trabalho é demonstrar a importância de uma leitura constitucional-garantista do processo penal e a função do juiz criminal em um Estado Democrático de Direito. Torna-se imprescindível pensarmos sobre a utilização que os magistrados fazem da própria consciência ao julgarem e o perigo que isso pode ser para a democracia.

A pesquisa sobre o tema foi feita pela análise de documentação direta, vale dizer, pelo estudo doutrinário. A pesquisa bibliográfica foi o principal instrumento de obtenção de informações, sendo que, por meio dela, chegamos às principais ideias existentes sobre o tema

- 
- 1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista.
  - 2 Graduação em andamento em Direito pelo “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

proposto.

Foram utilizados os métodos dedutivo e dialético. Dedutivo, visto que partimos de conceitos estabelecidos e de preceitos legais, para a crítica do que efetivamente é produzido no mundo jurídico e na sociedade; dialético, pois demonstramos as diferentes perspectivas filosóficas que se transformaram ao passar dos tempos.

Para quem se preocupa em estudar o Direito Penal, os índices de encarceramento, a reincidência, a elaboração das leis penais e o combate à violência, torna-se perplexo quando se percebe a vulgarização das garantias fundamentais produzidas e incentivadas pelos próprios operadores do Direito. Se há banalidade de prisões preventivas, é porque muitos juízes a decretam; se existem presos que cumprem penas além do que devem, é porque existem juízes que não a revogam; se ocorre desrespeito à forma da lei processual e cerceamento ao direito de defesa, existem muitos juízes que não decretam as respectivas nulidades; encontram-se juízes que fundamentam muito bem a respeito de provas que eles mesmos produziram; existem juízes que aumentam penas por analisarem a personalidade dos réus; existem juízes que se acham fazer parte da segurança pública do Estado; existem juízes que não sabem para que servem.

As partes e toda a administração da justiça perdem quando um juiz sempre se mostra convicto a respeito de muitos temas que envolvem o cotidiano e também os processos criminais. Neste caso, muitas vezes o trabalho da defesa é o de tentar desconstruir a imagem que o julgador já construiu do réu em seus pré-julgamentos. Todo o processo já se encontra defeituoso desde o início quando o magistrado não julga a partir das provas, e sim, a partir de sua própria consciência.

## **O GARANTISMO JURÍDICO COMO PERSPECTIVA PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Com o intuito de estabelecer uma “culpa moral” nos indivíduos; de extirpar o mal dos sujeitos que praticavam condutas que eram consideradas um “mal em si” ou ontologicamente más; surgiu com isso o “sentimento de dever” da punição. Visto a impossibilidade, ao menos momentânea, de superarmos a pergunta do “por que punir?”, ainda achamos o abolicionismo penal uma utopia inviável. Porém, a perspectiva muda de direção; e com isso, encontramos uma melhor questão a ser analisada e debatida: o “como punir?”.

Se nos perguntamos “como punir?”, necessariamente passamos a nossa atenção para

o Processo Penal. Afinal, o Estado torna-se detentor do poder de punir, na medida em que a vingança privada é extinta e se começa a estabelecer critérios de justiça. Neste sentido, J. GOLDSCHMIDT (1935, p.7) indagou:

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: porque necessita que prove seu direito em um processo? [...].

A indagação de Goldschmidt é essencial. Por isso, é preciso analisar o processo penal em seu conteúdo histórico-político. Devemos ter a consciência que o Estado se fortaleceu e a humanidade evoluiu eticamente neste sentido, justamente pelo fim da justiça com as próprias mãos. Agora, se faz necessário um processo judicial, exercido por um terceiro imparcial, cujo “andar da carruagem” não depende da vontade das partes.

Se pensarmos em celebrações de contratos, por exemplo, não enxergaremos a atuação do Estado dessa forma. No direito privado, devido às normas possuírem eficácia imediata e direta, o Estado apenas será chamado para dar solução a eventuais conflitos pelo descumprimento do que não foi acordado. Caso contrário, os particulares poderão praticar atos e negócios jurídicos, sem a intervenção estatal.

Daí surge a distinção e imprescindibilidade do processo penal. O Direito Penal, por não possuir coação direta – diferente da eficácia do direito privado – depende, necessariamente, do processo penal. Mesmo que digam que os tipos penais possuam uma função de “prevenção geral”, o que o Direito Penal possui como essência: a pena; só poderá ser aplicada mediante um processo.

O vetor de sentido proporcionado pela evolução da humanidade em relação ao processo penal é cristalino: o processo penal evoluiu para proteger o indivíduo contra o próprio poder do Estado. Conhecer as regras do jogo, ou seja, como se dá a ritualização do exercício do poder exercido, é a possibilidade de nos protegermos do abuso do Estado. Por isso, a forma que o Estado determinar como irá punir, também será uma garantia. Garantia de saber o limite do poder que será exercido. Pois, historicamente, não é preciso muito estudo para constatarmos que onde a informalidade da atuação estatal existiu, existiu também o autoritarismo.

Mas qual seria a leitura correta a se fazer de um Processo Penal que está diante de uma Constituição democrática? Seria possível uma leitura utilitarista do processo penal em virtude de uma Constituição que estabelece um sistema de garantias mínimas? Por isso, entendemos que a melhor leitura a ser feita de um processo penal democrático, corresponde a

uma leitura constitucional-garantista.

Neste sentido, observamos o processo penal por essa perspectiva. Diante de um Direito Penal que promete muito e cumpre pouco; aponta precisamente Salo de Carvalho (2004, p. 207):

Quanto maior for o narcisismo penal, maior deve ser nossa preocupação com o instrumento-processo. Se o Direito Penal falha em virtude da panpenalização, cumpre ao processo penal o papel de filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser o freio ao desmedido uso do poder. É a última instância de garantia frente à violação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do Direito Penal.

Visualizarmos o Garantismo Jurídico como freios para o Direito Penal e como meio condutor para a instrumentalização do processo penal, quer dizer que não se pode decidir da maneira que deseja. Em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos não podem ficar sujeitos à tirania de um Poder Legislativo que acha que possui um cheque em branco em mãos. Com o comércio do “produto” crime realizado pelos meios de comunicação, é comum observarmos membros do Poder Legislativo e Executivo esbravejando em seus discursos, instrumentalizando o medo das pessoas e falando da necessidade de uma maior eficiência das punições e da necessidade de criação de novos tipos penais.

A eficiência antigarantista aparece na contramão da efetividade do sistema de garantias fundamentais. Enquanto discutem a criação de tipos penais – quase sempre sem uma profunda análise do bem jurídico que se pretende tutelar – também aparecem juízes que extrapolam em suas sentenças; como se fizessem parte da segurança pública do Estado. Tema que será discutido em tópico subsequente.

Pela perspectiva garantista, é possível que observemos o processo penal com uma dupla missão: de um lado, com a incumbência de tornar realizável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. (LOPES JR, 2005, p. 37)

Diante disso, o Garantismo Jurídico propõe o que pode e o que não pode ser decidido pelo Poder Legislativo; e principalmente, o que deve ser garantido pelo Poder Judiciário.

Não se trata de olharmos para o Juiz, que tem a sua legitimidade enquanto garantidor de um sistema de garantias, e acharmos que basta a mera aplicação da norma. A subsunção imediata das normas aos fatos da vida só era possível em um Estado absoluto. Portanto, o dogma da completude jurídica está há muito superado. A escola da exegese já se encontra ultrapassada, sendo substituída pela escola científica. Verificava-se que a principal

característica da escola da exegese era a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador por meio da codificação; uma confiança cega na suficiência das Leis e a crença de que os códigos, uma vez promulgados, bastam-se completamente a si próprios, ou seja, sem lacunas. (BOBBIO, 1997, p. 119)

Com a percepção de que o ordenamento jurídico é eivado de lacunas; verificamos que não basta a mera vigência de uma lei para que solucionemos um caso concreto. À vista disso, surge o papel fundamental do julgador: aplicar as normas que possuem uma real validade substancial, não se satisfazendo com a mera validade formal da norma.

Com a constitucionalização dos direitos naturais, supera-se o antigo contraste entre o que é a lei positiva e o que é a lei natural. Agora, o embate está entre o binômio: normatividade e efetividade. À luz, claro, de uma principiologia constitucional.

Para entendermos e refletirmos sobre o que representa a validade substancial das normas jurídicas precisamos pensar, primeiramente, o papel dos Direitos Fundamentais e da Constituição. Sobre o assunto, ensina Alexandre Morais da Rosa (2003, p.32):

Os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espraiando efeitos aos Governos futuros.

Influenciado por Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa ensina a importância da percepção garantista da Constituição. Visualizar a democracia material-constitucional, quer dizer que não é apenas a formalidade que deve ser respeitada para a criação de leis; que não basta uma maioria e uma retórica convincente. Mais do que isso, visualizar uma democracia que seja material e não apenas formal, significa respeito aos Direitos Fundamentais historicamente consagrados. O aspecto meramente formal cede espaço, no Estado Democrático de Direito, ao espaço material, conforme a Constituição (MORAIS, 2003, p.80).

Podemos observar, que a Teoria do Garantismo Jurídico coloca freios na maneira em que as leis devem ser produzidas. Mas não só isso. Justamente por falarmos em direitos sociais e direitos de liberdade – ambos fundamentais – conseguiremos, através do grau de garantia desses direitos, medir a legitimidade e a qualidade da democracia que temos.

Lenio Streck (2000, p.230), referindo-se ao garantismo jurídico, sustenta:

Alerte-se – por relevante – que o garantismo é visto como uma maneira de fazer

democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como ‘tipo ideal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador de Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panaceia para a cura dos ‘males’ decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. (...) No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.

Mas se conseguimos refletir os Direitos Fundamentais como verdadeira trincheira para a produção legislativa, qual é a relação que deverá ocorrer no ato de julgar? Neste sentido, alerta Aury Lopes Júnior (2005, p. 92):

Nessa tarefa, é crucial o papel do Poder Judiciário. O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista.

Diante da problemática de como deve ser a sujeição do juiz à lei, Luigi Ferrajoli escreveu (1997, p. 90-91):

A sujeição do juiz à lei não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligado à coerência dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever de responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos.

Atribuir sentido às normas constitucionais não é privilégio do Monastério dos Sábios (WARAT, 1995, p.66). Pergunta-se: a comunidade jurídica depende da interpretação constitucional feita pelos que são “autorizados a interpretar”?

Se a resposta à pergunta for “sim”, então deixemos de falar em uma democracia substancial. Seria apenas preciso, então, que os atores jurídicos aguardassem passivamente pelos discursos oficiais das ditas autoridades da interpretação.

Na medida em que os atores jurídicos manifestam-se em busca da efetivação de direitos e garantias resguardados na Constituição, diminui-se a ampliação dos que são ‘autorizados’ a interpretar. Como apontou Peter Häberle, a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático (1997, p. 23).

Ensina, precisamente, Alexandre Morais da Rosa (2003, p.40):

Existindo a ampliação do grupo de intérpretes vinculados à práxis, diminui-se a separação entre os autorizados a interpretar. Com esse deslocamento democrático, os conteúdos e formas da Constituição, mediante apresentação de alternativas, pinta com fortes tintas a prometida democracia material, assumindo feições críticas, além de meramente descritivas.

Devemos destacar que a independência do julgador deve ser observada com a sua exterioridade ao sistema político e num sentido mais geral, uma exterioridade a todo o sistema de poderes (FERRAJOLI 1997, p.580); ao contrário do Poder Legislativo e Executivo, que são poderes da maioria.

Ainda sob o pano de fundo do garantismo jurídico, Aury Lopes disserta sobre a legitimidade do julgador (2005, p.74):

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Além disso, pensarmos em um processo penal democrático significa não depositarmos toda confiança, segurança e obtenção da justiça exclusivamente nas mãos do juiz. Para a obtenção de um processo democraticamente justo, o juiz deverá ater-se aos seguintes requisitos: às provas produzidas (com vedação da prova ilícita); observância das demais garantias fundamentais; e decisão devidamente fundamentada. Esses aspectos ajudam a não acreditarmos em uma liberdade plena (arbitrária) do magistrado.

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, declara expressamente que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade. Assim como, o artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ordena que a sentença contenha a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. De direito, pela violação da lei ou defeitos de interpretação ou de subsunção, como em fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por inadequada explicação do nexos entre convicções e provas (FERRAJOLI, p.640).

Sobre a motivação das decisões, ensina importantemente Ney Fayet (1987, p. 49-50):

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes saberem se a decisão foi ou não acertada. E, somente com a exigência de motivação, da fundamentação, se permitiria à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do magistrado.

O princípio da motivação das decisões judiciais, incorporado pela Constituição Federal, determina que o juiz sempre deverá fundamentar suas decisões, justamente para

poder legitimá-las. Portanto, para que uma decisão seja prolatada, não basta a mera escolha e aplicação automática de um dispositivo do Código de Processo Penal.

Como exemplo de uma decisão hermeneuticamente incorreta neste sentido, observamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu um habeas corpus (nº 93.157, 23.09.2008).

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 93157 SP, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/09/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENTA VOL-02341-02<span id="jusCitacao"> PP-00363</span>)

Por maioria dos votos foi indeferido o Habeas Corpus, que se tratava de uma alegação de falta de urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, de acordo com o artigo 366 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 366, CPP: Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312.

O STF decidiu que a produção antecipada de provas está no poder do juiz decidir sobre a sua realização, caso considere que exista urgência para que isso ocorra. O juiz que determinou a ocorrência da produção antecipada de prova “fundamentou” que a realização seria possível, devido ao fato do citado não ter sido localizado.

O voto vencido, que para a nossa perspectiva é o voto hermeneuticamente correto, foi o do Min. Ricardo Lewandowski, que, em seu voto disse que “a decisão fora determinada de modo automático”. Mas por que o voto vencido é o voto que está de acordo com a Constituição?

Se concordarmos que a decisão automática do juiz está correta, então estaremos concordando que o dispositivo simplesmente já carrega consigo todas as demais futuras hipóteses de aplicação; como se a urgência mencionada no dispositivo (conceito indeterminado e vago) não permitisse qualquer análise e por si só substituísse o exame da validade do ato fundamentado. Como se “provas consideradas urgentes” fosse um enunciado que permitisse de imediato um isomorfismo entre as palavras da lei e os casos a quais se refere. A aplicação automática do dispositivo abre espaço para decisão que o juiz julgar mais

conveniente. E isso é reforçar o “subjetivismo/discricionarismo” dos juízes (STRECK, 2009, p. 557).

Contra a decisão do STF comentada, podemos usar como um bom exemplo, o voto do Min. Gilmar Mendes no MS 24.268/04, em que o Ministro promove uma homenagem ao princípio do contraditório, consagrado no art. 5º, LV, da Magna Carta. Lenio Streck transcreve sobre a parte do voto em que o ministro ressalta a relação entre o julgador e os direitos contidos na garantia fundamental mencionada (2009, p. 558):

[...]

- a) direito de informação, que obriga o órgão julgador informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- b) direito de manifestação, que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo;
- c) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, isenção, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.
- d) dever de conferir atenção aos direitos das partes não envolve apenas obrigação de tomar conhecimento, mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

Portanto, o princípio da fundamentação das decisões não pode deixar de ser aplicado pela justificativa das “peculiaridades do caso concreto”. Primeiro, quais são essas peculiaridades? Segundo, essas peculiaridades clamam por quais princípios? E por último, quais são os casos e por qual perspectiva essas peculiaridades são observadas, dentro de um complexo sistema de precedentes e normas? Tudo isso demonstra que o caso concreto deve(ria) servir para diminuir a discricionariedade, e não o inverso.

## **DEVEMOS DEPENDER DA CONSCIÊNCIA E DO SIMPLES QUERER DOS JULGADORES?**

Para primeiro falarmos do problema da subjetividade do juiz nos dias atuais, é preciso traçar, anda que superficialmente, uma linha histórica que demonstre as diferentes formas que prevaleceram na relação entre sujeito e objeto. Ou, melhor dizendo, na maneira de apreensão do conhecimento.

Há quatro séculos antes da Era Cristã, já se discutia sobre a “justeza dos nomes”. Muitos filósofos apontam que talvez a primeira obra que tratou sobre a busca pelo conhecimento e pela verdade, foi a obra “Crátilo”, de Platão. Aqui, surge a metafísica clássica de que o sentido está nas coisas (STRECK, p. 12, 2012). As coisas possuem sentido, porque possuem essência. Os sentidos dependiam dos objetos; e com isso, cabiam aos sujeitos

revelarem quais eram esses sentidos e qual era a essência do objeto.

Esse pensamento preponderou até a Idade Média. Lembremos, como exemplo, do Direito Penal teológico. Para a caracterização de muitos delitos, a conduta, por si só, já era considerada um “mal em si”. A conduta era considerada ‘ontologicamente’ má, assim como quem a cometia. As ideias de “mundo aparente” e “mundo das ideias” de Platão, assim como as fundamentações cosmológicas do mundo desenvolvidas por Aristóteles, influenciaram incomensuravelmente a teologia. . A teologia passou então a fornecer, desde a consolidação do cristianismo, todas as respostas necessárias para a compreensão do homem. Assim “a” verdade passa a ser dada desde uma perspectiva teocêntrica (SALO, 2002, p. 6).

O essencialismo é superado por meio do iluminismo, na modernidade, justamente pela busca de explicações sobre os fundamentos do homem. A busca pelo conhecimento não se trata mais de revelar qual é o sentido que há na essência das coisas, porque não existe um universal nas coisas. As correntes nominalistas passam a ganhar força devido a esse deslocamento de perspectiva: da revelação da verdade já contida nas coisas, para um sujeito que dá nome e significado às coisas.

Com a superação filosófica da perspectiva essencialista, surge o nascimento da subjetividade. Como explica Lenio Streck, o homem não é mais sujeito às estruturas que era. A palavra sujeito muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que pode se denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado pela razão (STRECK, 2002, p.14). Não por acaso, que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno, tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista.

No entanto, essa nova perspectiva filosófica, pertence a uma espécie de sujeito encapsulado. Agora, o conhecimento pertence simplesmente aos estados de experiência interiores e pessoais do próprio sujeito. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é (ZAHAR, 1997, p. 367). Porém, o elemento que ocupa uma posição pouco importante na “subjetividade assujeitadora” que prevalecia, foi o fundamento para a superação da filosofia da consciência. Este elemento é nada mais, nada menos, que a linguagem.

O chamado giro linguístico, que rompeu com a filosofia da consciência, deu-se no século XX. Assim, como a essência havia sido superada pela consciência, agora, a ruptura se dá pela invasão da linguagem na filosofia.

Sobre o giro linguístico, aponta Lenio Streck (2012, p.14):

A invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o campo da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos. (...) Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.

Após uma leitura de autores como Heidegger e Gadamer, percebemos que o elemento possibilitador da própria interpretação é a compreensão. O interpretacionismo, em todas as suas formas, desconsidera o caráter antecipador da compreensão e o elemento de formação dos projetos de mundo, que não são determinados por uma querência individual, mas estão ligados a um a priori histórico compartilhado (STRECK, 2012, p.37). Mas a compreensão aqui entendida como algo que precede a interpretação.

É importante que busquemos explicar sobre o elemento da compreensão em Heidegger, o porquê do erro que o sujeito comete ao avaliar o mundo isoladamente. Para Heidegger, a compreensão é uma maneira de ser junto do Ser, que já é anterior aos entes particulares e que já ocorre anteriormente ao encontro com outros entes. O Ser, então, já se manifesta na pré-compreensão. A verdade, que anteriormente era uma questão de método, passa a um ser cuja existência consiste na compreensão do Ser (STEIN, 2002, p.49).

Heidegger ensina que a vida e a existência concreta, desde o início, já emerge na compreensão do Ser (STEIN, 2002, p.50). A visualização teórica das coisas já é objetivante. É inevitável que o sujeito ao pensar a própria existência, não se movimente ‘entre as coisas’. Ou seja, por meio do acontecer fático, do compreender a vida, da dinamicidade entre viver e interpretar, nós já nos colocamos para fora de nós mesmos.

É possível dizermos, segundo Heidegger, que o homem só interpreta, porque desde sempre já compreende de algum modo. Portanto, neste sentido, o homem compreende para interpretar, e não interpreta para compreender. A interpretação ocorre em um segundo estágio. Para o filósofo, a vida já sempre se compreende de algum modo a si mesma (STEIN, 2002, p.49).

A importância da linguagem em consonância com a ontologia da compreensão aparece quando o filósofo alemão escreve sobre a tarefa do “ser-aí”. Segundo ele, a fenomenologia hermenêutica é o ser-aí que analisa a sua existência fática e busca compreender o Ser. Essa tarefa do ser aí consiste na explicitação. Para a hermenêutica, não faz sentido determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, como fazem

as posturas analíticas. Ao contrário, o fundamental é se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado (STRECK, 2012, p.40).

Após essa breve análise, indagamos: mas como fica o ato de julgar diante disso? O Direito, por acaso, deve ficar imune às revoluções filosóficas que atravessaram a filosofia ao decorrer de mais de dois mil anos da história do ocidente? A resposta certamente é não. Com o rompimento da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, o julgador não poderá julgar simplesmente conforme a sua consciência; não poderá reduzir a realidade à sua subjetividade, pois cada decisão não parte de um grau zero de sentido. Como ensina Gadamer em sua obra *Verdade e Método*, quem pensa a linguagem já se movimenta para além da subjetividade (STRECK, 2012, p. 63).

É uma fatalidade pensar que toda decisão judicial depende meramente do ato de vontade (poder) do julgador. Isto é, tudo depende da vontade pessoal de fazer ou não do juiz. Devemos fugir dessa perspectiva! A própria democracia corre risco se ficar subordinada ao simples querer dos julgadores. Igual cautela se deve ter ao analisarmos os princípios pelos quais os julgadores fundamentam suas sentenças.

Aceitar que sempre que um juiz utiliza um princípio para julgar ele ao mesmo tempo complementa a Constituição, pode ser sinônimo de se concordar com decisionismos. Afinal, o juiz pode acabar se decidindo sobre o caso até mesmo antes das provas e, depois, escolher um princípio para poder julgar como quer. Concordar com o uso desmesurado de princípios é ceder à tirania judicial, além de ser um regresso em relação ao grau de autonomia que o direito deve ter no Estado Democrático de Direito.

Sobre o assunto, ressalta Daniel Sarmiento (2006, p. 199-200):

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entenderem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer o que quiser.

Não se trata de um desprezo aos princípios, pelo contrário. Mas o juiz deve buscar a legitimidade de sua fundamentação por um principiologia constitucional que realmente pertença a um processo de compreensão que emerge da própria Constituição. Não se trata de um juiz “boca da lei”, como dizem; afinal, a lei sempre será defeituosa. Primeiro, porque

pretende prever um futuro que ainda não existe; segundo, porque possui um caráter universal. Como já dissemos, acreditar no dogma da completude jurídica do ordenamento só era possível no Estado Absoluto. Portanto, a subjetividade do julgador será importante para amoldar a lei produzida em tempo passado e de caráter universal, à realidade social atual e às peculiaridades do caso.

O que não se pode admitir é que o necessário uso da subjetividade do julgador se torne um panprinciolismo. Ao contrário de princípios como: princípio da reserva do impossível; princípio da continuidade do Estado; princípio da força normativa dos fatos; princípio da situação excepcional consolidada, etc. Aliás, todos esses princípios foram apresentados por Pedro Lenza, em comentário a apenas uma decisão do Supremo Tribunal Federal (LENZA, 2008, p.178).

Sintetizando, não é o juiz “boca da lei” ou o juiz que abusa da sua criatividade que constituem os inimigos da democracia ou da autonomia do direito, mas, sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo (STRECK, 2009. p, 475). É diferente observarmos princípios implícitos e explícitos na Constituição Federal, que coerentemente apontam como vetores de sentido e projetam determinado futuro para sociedade, do que princípios evidentemente criados pelo protagonismo judicial.

A perspectiva histórico-política dos Direitos Fundamentais aparece, mais uma vez, essencial para enxergarmos decisões hermeneuticamente adequadas ou não à Constituição. Como superado o antigo dualismo entre sujeito-objeto e com a ruptura feita pela filosofia da linguagem, o julgador deve ter a percepção que a concretização do direito precisa respeitar a sua própria tradição histórica. A co-originariedade incindível entre direito e moral traz como consequência uma legalidade totalmente diferente do positivismo primitivo. Como descrevemos em tópico anterior, uma legalidade que respeita os critérios de vigência e validade da norma jurídica, está em harmonia com o que devemos almejar de uma democracia substancial. Por isso, o juiz que cumpre a lei, respeita uma legalidade construída democraticamente.

Não julgar por decisionismos ou conforme a própria consciência significa respeitar o à priori compartilhado por todo ser humano que também faz parte da comunidade jurídica. Pois quando falamos, por exemplo, em “garantia do contraditório e da ampla defesa” (art. 5º, LV, CF), em “promover uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, etc.” (art. 3º, IV, CF), que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano

degradante” (art. 5º, III, CF), independente da definição conceitual que nós daremos a esses termos, existe uma antecipação de sentido que se manifesta.

Antecipação de sentido que não consiste em uma verdade absoluta que existe com o ser humano desde o princípio de sua existência, mas que se manifesta nos operadores do Direito em virtude da tradição jurídica do Direito que se encontra em determinado limite de espaço e tempo. A historicidade das garantias fundamentais nos possibilita essa antecipação de sentido; logo, a atribuição de sentido na interpretação-aplicação das fundamentações das decisões não poderão ir nessa contramão, devido à mera vontade do julgador.

### **O JUIZ QUE PENSA FAZER PARTE DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO**

Um juiz que assume de antemão adepto a uma cultura geral autoritária, que reclama sobre o rigor penal e impunidades, certamente irá impor um processo menos igualitário e menos dialético para as partes. Este modelo de juiz é a maior ameaça que se pode ter ao processo penal.

O julgador que assume posição de defensor da ordem e da paz, não raramente, é o que profere muitos discursos de limpeza social. Infelizmente, não são poucos os magistrados que pensam serem guardiões da segurança pública. Estes são os juízes que banalizam as prisões preventivas. Lembrando, que de acordo com a última atualização em 28/12/2010, feita pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 567.655 presidiários, 44% são presos provisórios e aguardam decisão definitiva. Afinal, nada melhor do que um conceito vago de “garantia da ordem pública” para poderem manipular suas fundamentações e aplicar seus juízos axiológicos já convictamente concebidos anteriormente.

Não é incomum que este péssimo modelo de juiz também adore abusar dos poderes instrutórios e investigatórios do juiz; de relativizar a presunção de inocência; de falar em “combate ao crime”, principalmente quando se trata de rótulos como o de “crime hediondo”, situação em que a fundamentação ocorrerá sem muito esforço discursivo, etc.

O processo se torna pura encenação com o julgador do tipo mencionado. Escolhendo de início a hipótese acusatória como verdadeira, de nada valerão os fatos produzidos durante o processo, pois apenas servirão de base para a escolha que foi tomada inicialmente. Decide-se pelo que se decidiu antes das provas serem produzidas. Pois, claro, o juiz espetacular já deve ter dado uma olhada nos antecedentes, na aparente personalidade defeituosa do réu e em sua

cara de bandido. Sim, trágico. Para completar toda a encenação e aparente imparcialidade que soube manter durante todo o processo, basta que a decisão seja imunizada com um belo discurso.

O jargão que muito se utiliza principalmente nos fóruns é que este tipo de juiz sofre de “juizite”. Traduzindo, se trata de um sujeito, que por causa do cargo, se tornou prepotente, arrogante e que gosta de mandar sempre. Indicamos a leitura do conto “O Espelho” de Machado de Assis, que ao olhar-se diante do espelho, o sujeito não sabe mais se é um ser que ocupa um cargo ou um cargo que ocupa um ser. Vale a leitura.

Recordemos o genial Francesco Carnelutti (1957, p. 33):

Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo, achar juízes é necessário. O drama do Direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos jurisdicionados no ato no qual se exalta o processo. O Crucifixo, que, graças a Deus, nas cortes judiciárias pende ainda sobre a cabeça dos juízes, seria melhor se fosse colocado defronte a eles, afim de que ali pudessem com frequência pousar o olhar, estar a exprimir a indignidade deles; e, não fosse outra, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana. Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno.

Acrescentamos, para bem lembrarmos os bons autores que escrevem sobre o compromisso do juiz criminal em um Estado Democrático, o precioso Alberto Silva Franco apud Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 270 – 271):

Juiz penal não é policial de trânsito; não é vigia da esquina; não é zelador do patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é sentinela do estado leviatânico (...) é, em resumo, o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo. E seria melhor que nem fosse juiz, se fosse para não perceber e não cumprir essa missão.

Em um Estado Democrático, deve emergir um julgador que afirme todas as garantias do acusado, seja ele quem for, seja qual crime tenha cometido. Respeitar as garantias fundamentais de um indivíduo não se limita somente a zelar pela esfera privada daquele indivíduo que tem a persecução criminal contra ele. Pensarmos na importância da não violação de garantias processuais penais é um dever ético com todos os cidadãos, pois estamos lidando com decisões que provocam fortíssimos impactos em direitos fundamentais, que diz respeito a todos. Neste caso, quando se respeita o direito de um, se está a respeitar também o direito de todos. Pois não seria o todo a soma dos uns? (CARVALHO, 2013, p. 47).

Se um dito modelo misto se mostra presente em nosso sistema processual penal, caberá ao julgador harmonizar as leis inferiores com a Constituição Federal, com consciência que o modelo inquisitório é antagônico a um processo penal democrático. Se é inevitável que o poder sempre tenda ao abuso, que ao menos os juízes exerçam o poder de garantidor do

processo penal.

## **CONCLUSÃO**

Concluimos que devido às inconsistentes teorias da pena, o julgador, consciente disso, deve fazer o máximo para resguardar e proteger todas as garantias de um cidadão acusado ou condenado. Em um Estado Democrático, um juiz que deve manifestar-se é aquele que atua em um processo inicialmente convencido da inocência do réu, seja ele quem for, seja por qual crime esteja sendo acusado. É aquele que ao final de um processo, caso perceba que não se tem provas consistentes e suficientes contra o réu, absolve-o imediatamente.

Não se deve cometer o equívoco em achar que bom seria se o juiz não utilizasse a sua subjetividade. Isso seria acreditar na completude do ordenamento jurídico. Com isso, bastaria que acreditássemos que para todo fato da realidade, já haveria prontamente uma lei que resolvesse o problema. Como explicamos, o fato da lei ser produzida em momento passado, com a intenção de lidar com casos futuros, e, ser produzida com característica universalizante, proporciona a imprescindível missão do julgador amoldar a norma à realidade social presente e à individualidade do caso existente.

Com as noções de vigência e validade da norma jurídica, percebe-se que o julgador possui importante tarefa em não apenas aplicar a norma que se encontra vigente, mas também de analisar a sua validade constitucional. Como possuímos um código penal e processual penal anteriores à Constituição da República, este exercício hermenêutico se mostra mais do que necessário.

Se a história do Direito Penal nos mostra que sua existência nunca serviu para atemorizar ninguém, pois, do contrário, o número de encarcerados já haveria diminuído; se as promessas de recuperação não são minimamente realizadas por um Estado omissivo que pretende combater doenças que ele mesmo contribui com as causas; e se cada vez mais a opinião pública se mostra indiferente, é preciso então que ao menos o julgador resista como garantidor da legalidade do processo e como afirmador das garantias fundamentais de todo e qualquer acusado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora da UNESP, 1997

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1.941**. Poder Executivo, 1941.

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

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 93.157/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ: 14/11/2008**, julgado em 23/09/2008. Disponível. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2913810/habeas-corpus-hc-93157-sp>>. Acesso em: 10 abr. 2016

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Servanda, 2010

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Anti Manual de Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro. Lúmen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos Del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é Garantismo Jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade.** Vol. II. Porto Alegre: Fabris, 1995.

# **A BUSCA DA VERDADE ATRAVÉS DO PROCESSO: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O PROCESSO CIVIL E PENAL**

Lauren Soares de Andrade LOPES<sup>1</sup>  
Guilherme Barboza dos SANTOS<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Independentemente do ramo do Direito, quando falamos de processo, estamos tratando do conjunto de atos em série, que dentre seus vários objetivos, destaca-se a solução do litígio levado ao judiciário. Em regra, para que haja uma perfeita análise do caso por parte do julgador, este, deverá estar inteiramente a par dos reais acontecimentos, a fim de que sua decisão seja a mais justa possível. Desta forma, a busca pela verdade tende a ser um dos principais propósitos do processo, sendo que as partes, e por vezes o próprio magistrado, utilizar-se-ão dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico para atingir tal objetivo. O presente artigo traz uma breve explanação acerca da busca pela verdade nos processos, civil e penal, especificando seus pontos contrários e em comum, além de apontar aspectos específicos de cada ramo do direito a respeito da produção de provas no processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo. Prova. Verdade.

## **ABSTRACT**

Regardless of the branch of law when we talk about process, we are addressing the set of acts in series, which among its many objectives, there is the dispute brought to justice. As a rule, so there is a perfect analysis of the case by the judge, this should all be aware of the actual events, so that their decision is as fair as possible. Thus, the search for truth tends to be one of the main purposes of the process, and the parties, and sometimes the magistrate himself, use will be the means allowed by law to achieve this goal. This article provides a brief explanation about the search for truth in the proceedings, civil and criminal, specifying their opposites and points in common, besides pointing out specific aspects of each branch of law regarding the production of evidence in the process.

**KEY-WORDS:** Process. Proof. Truth.

## **INTRODUÇÃO**

A busca pela verdade sempre marcou a existência do ser humano que desde cedo busca

- 
- 1 Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2014) e curso-técnico-profissionalizante em Administração pela Escola Técnica Estadual Monsenhor Antonio Magliano (2009). Atualmente é do departamento jurídico - Macrocontábil Brandão. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.
  - 2 Possui graduação em Administração pela Faculdade de Agronomia e Engenharia Florestal. Graduação em andamento em Direito pela Faculdade de Agronomia e Engenharia Florestal.

distinguir o verdadeiro do falso, logo, não seria diferente quando tratamos do processo judicial, onde provar a verdade dos fatos alegados é essencial para formar a convicção do juiz.

Partindo dessa premissa, notamos que a instrução probatória é muito estimada, tanto que a Constituição Federal prevê a todos, indistintamente o devido processo legal, garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Pois, é na fase probatória que as partes buscam pelos meios de provas previstas e permitidas na legislação embasar suas alegações, já que quando uma verdade deixa dúvidas, é de extrema relevância a busca da veracidade.

Assim, ser intimado e poder contestar o que a outra parte expôs é de extrema importância para o regular andamento do processo, uma vez que a parte tem o direito de participar da produção de provas e na formação do processo.

E por mais que as partes devam se preocupar com a busca da verdade é o juiz que ao final colhe as informações obtidas com as provas anexadas aos autos, para então aplicar a legislação pertinente ao caso.

Desse modo, levando em consideração que o juiz é o destinatário da prova, também a ele deve ser concedido o poder de ser ativo na produção de provas, buscando e diligenciando ainda mais, se necessário, para ser totalmente convencido sobre a verdade trazida aos autos, sem é claro, ser parcial.

Apesar da previsão dos meios de prova e da discussão sobre a verdade, muitas vezes surge a discussão sobre a distinção da verdade real, aquela em que se baseiam os fatos e a verdade formal, aquela que embora não traduza realmente os fatos, foi a verdade mais próxima encontrada.

Consequentemente, discute-se qual a verdade que o processo civil e o penal buscam, se basta a verdade formal para o caso ser julgado, ou se apenas a verdade real pode ser fundamento para decisão.

Em meio a tal contexto, o presente artigo traz os aspectos mais relevantes sobre a produção de provas e a busca de verdade nos processos civil e penal, uma vez que é pelas provas anexadas aos autos que o juiz se convencerá da verdade e proferirá uma sentença fundamentada visando decisões adequadas e justas.

## **DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL**

A Constituição Federal garante as partes o direito a defesa e ao contraditório, isto

porque, “a defesa não é uma generosidade, mas um interesse público” (PORTANOVA, 2001, p. 125).

No tocante ao Código de Processo Civil vigente, logo que adentramos ao capítulo destinado a provas, o artigo 369 é claro ao dispor que todos, indistintamente, tem o direito de utilizar os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados no código para provar a verdade dos fatos alegados.

Verifica-se, portanto, a amplitude dos meios de prova sendo que “a parte tem direito de participar na formação e na produção de todos os meios de prova. Assim como não se faz prova sem juiz, não se faz prova sem parte” (PORTANOVA, 2001, p. 162-163).

E ainda que a busca da verdade seja o principal objetivo de qualquer processo, deve-se buscar um equilíbrio entre a busca da verdade e a celeridade processual, pois, ainda que a celeridade não possa interferir nos direitos garantidos às partes como o contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal, a busca da verdade não pode eternizar a duração do processo.

Nesse sentido Portanova (2001, p.174) destacou que:

“ainda que seja um direito fundamental do cidadão a solução judicial em prazo razoável, também é garantido que as decisões finais não podem afastar-se de garantias processuais. Por outro lado, não parecem suficientes meras mudanças legislativas processuais, sem que venham acompanhadas da mudança de mentalidade.”

Nesse seguimento, o próprio código de processo civil dispõe que há fatos que não precisam ser provados, artigo 374, impondo um limite e tornando desnecessária iniciar a fase probatória, já que tais fatos estão provados nos autos, aplicando, portanto, os princípios da celeridade e economia processual, para que o processo não se torne moroso, tampouco custoso:

“é evidente que a busca da verdade real não se faz sem limites. Um dos limites dá-se por incidência de outro princípio, qual seja o da necessidade da prova: os fatos sobre os quais deve fundar-se a decisão judicial devem ser demonstrados com provas aportadas ao processo. Na análise dos fatos notórios (CPC, art. 334) e na aplicação de regras de experiência (art.335) é grande a autonomia do juiz. Por igual, o juiz pode determinar de ofício produção de prova que conheça e se relacione com outros processos. É claro que aplica seu conhecimento particular, mas este conhecimento não pode ser tão próximo dos acontecimentos que o faça verdadeira testemunha do fato trazido a julgamento.” (PORTANOVA, 2001, p. 200.)

Importante ainda ressaltar que além da desnecessidade da produção de provas de certos fatos que por si só possuem força probante, há ainda as provas que devem ser descartadas, riscadas dos autos de forma definitiva, as provas ilícitas.

Para Ramires (2002, p. 70) as provas ilícitas são “aquelas obtidas de maneira a contrariar normas de direito material, inclusive constitucionais e, em determinados casos, ferindo princípios fundamentais do direito”.

Há ainda doutrinadores que buscam distinguir o conceito de prova ilícita e prova ilegítima, como Neves (2013, p. 432) que escreveu:

“a ilegitimidade, assim, diz respeito ao modo pelo qual a prova foi obtida, em situação na qual o meio de prova em si é jurídico e permitido pela lei, mas a forma de produção da prova é viciada, como a colheita de prova testemunhal mediante a ameaça de morte ou qualquer outra espécie de coação, bem como a assinatura de contrato sob tortura. A ilicitude se daria quando o próprio meio de produção da prova é injurídico ou imoral, com as gravações clandestinas de conversas telefônicas ou filmagens também clandestinas sem a devida autorização judicial.”

Ainda que naturalmente a prova das alegações seja realizada pelas partes, nada impede que o juiz mande diligenciar ou requeira outras provas para se convencer sobre as alegações, “o juiz é livre para buscar seu convencimento tanto naquilo que as partes fazem (ativamente) no processo como naquilo que elas deixam de fazer” (PORTANOVA, 2001, p. 245).

Além disso, a busca da verdade pelo juiz é consequência do devido processo legal, que ao exercer o papel de justiça ao ver da sociedade busca a verdade dos fatos de forma ativa na produção de provas:

“um olhar atento ao nosso sistema processual verá que o código não impõe limitações à pesquisa da verdade para o juiz. Pelo ao contrário. A busca da verdade real pelo juiz é consequência lógica de outros institutos. Já a imposição às partes do dever de verdade e probidade abre caminho para a busca da verdade substancial. Ao depois, as disposições concernentes ao juiz em relação à prova aparelham o juiz na superação de formalismos.” (PORTANOVA, 2001, p. 200.)

O princípio do livre convencimento motivado permite ainda que o juiz de o valor que entender ser cabível a cada prova produzida no processo, ou seja, não há hierarquia entre as provas, cabendo cada prova ser valorada a cada caso concreto:

“atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas.” (NEVES, 2013, p. 429.)

Podemos perceber a aplicação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, nos casos concretos abaixo extraídos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL - Contrato de Consumo - Prestação de serviços - Fornecimento de água - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com

indenização por danos morais e pedido de tutela antecipada - Sentença de extinção do processo por carência superveniente - Falta de interesse de agir do autor - Recurso do autor - Alegação de cerceamento de defesa - Afastamento - Desnecessidade de produção de outras provas nos autos - Aplicabilidade do princípio do livre convencimento motivado do Juiz - Inteligência do art. 130 do CPC/73, então vigente - Ré que comprovou nos autos que o autor formalizou Termo de Confissão de Dívida para pagamento parcelado referente à cobrança de débito objeto de discussão nos autos após o ajuizamento da ação - Hipótese em que caracteriza a falta de interesse processual superveniente do autor - Inteligência do art. 462 do CPC/73, que autoriza a extinção do processo com base no art. 267, inc. VI, do mesmo Diploma Processual (CPC/1973) - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.” (SÃO PAULO, 2016d)

“ [...]O Juiz, enquanto destinatário precípua da prova, possui competência para deferir somente as provas úteis ao deslinde da controvérsia (art. 130, do CPC), no sentido de formar o seu livre convencimento motivado (art. 131, do CPC). Encontrando-se a causa “madura” para julgamento, surge ao magistrado o dever, e não mera faculdade, de proceder ao julgamento da lide, em cumprimento ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional e à garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) [...]” (SÃO PAULO, 2016e)

Apesar do juiz possuir iniciativa quanto a produção de provas, além do seu poder de dar valor a cada prova produzida, não prejudica seu dever de ser imparcial, já que apenas busca se convencer sobre os fatos do processo, ao passo que uma justiça inerte estaria sim dando privilégios a uma das partes:

“a imparcialidade só fica maculada no sistema inquisicional puro, que se admite seja o juiz a iniciativa da ação e do processo. No nosso sistema não há esse perigo. Na busca da verdade, o juiz não esta favorecendo diretamente uma ou outra parte. A inercia judicial sim, seria favorecimento. Pela prova há a revelação processual da verdade e este, pelo menos em tese, deve ser o interesse das partes e da sociedade.” (PORTANOVA, 2001, p. 2007.)

Cabe mencionar ainda que a imparcialidade do juiz é afastada a medida que todas as decisões devem ser motivadas, artigo 489 do código de processo civil, ou seja, “a maior e mais importante limitação ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões” (PORTANOVA, 2001, p. 246).

Complementando, Neves (2013, p.70) relata a importância da fundamentação das decisões:

“uma decisão sem a devida fundamentação, portanto, contém vício sério, porque, além de afrontar texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão na revisão da decisão e, pior do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador, o que é altamente prejudicial para a imagem do Poder Judiciário.”

Percebe-se que a busca da verdade no processo civil é amparada por diversos institutos, permitindo vários meios de prova, desde que moralmente legítimos.

Tanto que, atualmente os meios de provas tem aumentado cada vez mais como forma

de acompanhar a sociedade contemporânea, por exemplo, hoje tem-se admitido utilizar as redes sociais como prova.

Pensando nisso o código de processo civil, Lei nº 13.105, que entrou em vigor em 16 de março de 2015, elencou mais um instituto no capítulo de provas, a ata notarial, que embora antes já fosse usado, muitos ainda desconheciam a forma de atestar um documento mediante ata lavrada por tabelião, ou seja, busca dar veracidade e maior força probante as páginas de redes sociais ou outros sites da internet.

Nery Junior e Ney (2015, p.1015) escreveu e conceituou o meio de provar através da ata notarial:

“a ata notarial é documento público, fruto da autuação notarial, documento revestido de fé pública, lavrado por tabelião que atesta a existência de um fato ou o modo de esse fato existir, descrevendo-o conforme ele se apresenta, de sorte a preservar a memória de sua ocorrência e servir como prova autêntica de como, quando e de que forma tais fatos se deram. A ata notarial não se confunde com a escritura pública. Enquanto na escritura o tabelião recebe a manifestação das partes (ato ou negócio jurídico), dando-lhe suporte formal e qualificando-o juridicamente, a ata notarial se presta apenas à narração de um fato presenciado e apreendido pelos sentidos (fato jurídico), sem qualificação jurídica do fato ou juízo de valor (Brandelii. Direito Notarial, p. 331). Em outras palavras, a escritura pública revela a vontade das partes manifestada diante do tabelião, a ata notarial revela a consubstanciação de um fato atestado pelo tabelião.”

Além disso, Nery Junior e Nery (2015, p. 1016) complementa e menciona o valor probante dos documentos públicos cuja credibilidade é maior do que os documentos particulares:

“os documentos públicos são resguardados pela presunção de veracidade. Tal presunção admite prova em contrário, pois, *iuris tantum*. Porém, a alegação de falsidade feita a um documento público é tão grave que, se feita com temeridade, pode acarretar a aplicação da pena por litigância de má-fé.”

No tocante a jurisprudência atual, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo busca sempre dar valor a busca da verdade, vejamos:

“Ação de prestação de contas. Determinação de perícia contábil. Inconformismo da agravante. Pedido de elaboração das contas na forma mercantil. Contas apresentadas na contestação. Verdade real que deve ser prestigiada. Decisão mantida. Agravo não provido.” (SÃO PAULO, 2016a.)

“PRELIMINARES. Condenação baseada em provas obtidas por meios ilícitos. Inocorrência. Demonstrativos colhidos por meio de procedimento de interceptação telefônica, o qual se verificou em consonância ao ordenamento jurídico. Ausência de prejuízo à apuração da verdade real e à ampla defesa. Logo, arguições preliminares desacolhidas.” (SÃO PAULO, 2016b.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESTAÇÃO DE CONTAS – DECISÃO QUE DETERMINOU O DESENTRANHAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS ANTE A SUA INTEMPESTIVIDADE – DESCABIMENTO – ENTREGA DOS CÁLCULOS QUE ATINGIU O ESCOPO DA AÇÃO – VALORIZAÇÃO DA

VERDADE REAL – DECISÃO REFORMADA – AGRAVO PROVIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2067244-53.2016.8.26.0000 Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Benefício da Justiça gratuita cancelado. Concessão restituída. Condenação da autora, por litigar de má-fé, ao pagamento de multa de 1% e de indenização de 20% do valor atualizado da causa. Inconformismo. Circunstâncias do caso concreto que revelam a exigibilidade do débito questionado, oriundo de compras realizadas com cartão de crédito da autora. Documentação apresentada pela ré após a contestação que não afasta a busca da verdade real. Aplicação do art. 130 do CPC de 1973. Demanda objetivando proveito econômico com a alteração da verdade dos fatos. Conduta prevista no art. 17, II e III, do CPC de 1973. Litigância de má-fé verificada. Multa de 1% do valor da causa mantida, afastada a indenização. Condenação da autora em sucumbência mantida. Recurso provido em parte.” (SÃO PAULO, 2016c.)

Verifica-se, portanto que o código de processo civil, em seu corpo de lei, em nenhum momento diferencia ou indica o tipo de verdade que as partes ou o juiz devem buscar para solucionar a lide.

Pelo contrário, há previsão de diversos institutos que norteiam a produção de provas que possuem uma única finalidade, encontrar a verdade dos fatos, seja a verdade real ou a verdade possível, o que dependerá de quem produz as provas:

“o que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz dos valores e garantias previstas na Constituição Federal, o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível. Por verdade possível entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.” (NEVES, 2013, p. 412.)

E assim, cada caso concreto dirá qual a verdade deve ser buscada, ou ainda, qual o tipo de verdade poderá ser encontrada, para aqueles que gostam de diferenciar os tipos de verdade, e Nery Junior e Nery (2015, p. 984) escreve que:

“o ideal do direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC 371), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa.”

Dessa forma, tudo indica que cabem as partes aplicar os meios previstos no código de processo civil para busca da verdade, ao passo que, se o juiz ainda assim não se sentir realmente convencido tome as rédeas da produção de provas, o que lhe permite o princípio do livre convencimento para que então possa julgar o caso com convicção.

## **DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

No processo penal, dentre suas diversas finalidades, destaca-se a busca pela verdade real como um dos princípios basilares que deverão nortear o magistrado na verificação da conduta realizada pelo agente e sua eventual responsabilização quanto a esta.

De plano, é cabível conceituar verdade como sendo “a concordância entre um fato real e a ideia dele representada em nosso espírito” (VASCONCELOS, 1992, p. 47). Afinal, este será o fim para o qual o processo deve conduzir o juiz, a fim de que este fique convencido do que realmente haja ocorrido.

Porém, há de se ter em mente, que nem sempre tal objetivo logrará êxito, afinal, tal tarefa é significativamente árdua conforme se verifica nas palavras de Nucci (1999, p.65):

“material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes.”

Como se vê, o designo conferido ao magistrado é algo trabalhoso, complexo e que não será facilmente alcançado. Todavia, tal incumbência não poderá lhe ser afastada, sendo prática inerente à função que este exerce, conforme continua Nucci (1999, p.65):

“ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário a passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.”

Portanto, a busca da verdade real por parte do magistrado ocorrerá, com este utilizando-se dos meios legais e disponíveis, para que sua decisão seja sempre pautada em elementos sólidos que conduzam a melhor aplicação da justiça.

Vale lembrar que, no caso do processo penal, vige em favor do réu o princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurado, o que reforça ainda mais a necessidade por parte do magistrado em alicerçar sua decisão em fundamentos concretos.

Em relação a tal princípio, Capez (2014, p. 79) esclarece que:

“o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como

paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.”

Nota-se portanto, a presença do referido princípio durante todos os procedimentos do processo, o que denota um compromisso em relação a parte contrária, especialmente o Ministério Público, em demonstrar o alegado ao julgador, de forma convincente e eficaz.

Para a obtenção do livre convencimento do juiz, as partes ficam incumbidas de utilizar os mais diversos meios de prova possíveis no ordenamento jurídico, com o propósito de demonstrar ao julgador, a verdade por trás da alegação proposta por estas.

Mirabete (2008, p. 252) demonstra como deve ser a produção de provas no processo penal:

“como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão do crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.”

Assim, observamos que para a obtenção de um resultado positivo do processo, a produção das provas é de suma importância, haja vista que tem ligação íntima com o princípio já citado da busca da verdade real. Sendo que “tal princípio, segundo a doutrina tradicional, assegura a busca de provas, sem limites de formalidades ou da iniciativa das partes” (LIMA, 2009, p. 22).

Ainda, no que tange a produção de provas, há de se ressaltar um aspecto importante no processo penal e que dará ainda mais ênfase na atividade do magistrado pela busca da justiça.

Nucci (2008, p.99) apresenta esse aspecto de suma importância:

“contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo a sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja autor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo.”

Na mesma linha, Aranha (1993, p.16) defende que “as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, em seu próprio interesse; contudo, facultase ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar”.

Desse modo, nota-se que circunstâncias do processo poderão ser alteradas unicamente para que o julgador tenha a ideia clara do real acontecimento do fato, conforme leciona Vasconcelos (1992, p. 63) ao dizer que “uma vez que não há hierarquia legal de provas, o juiz pode produzi-las e repeti-las até o seu convencimento, que será fundamentado, não no seu sentimento apenas – embora não se possa negar que este tem influência –, mas acima de tudo na verdade que realiza a justiça”.

Assim sendo, pode-se determinar que na busca pela verdade real e o livre convencimento do juiz, a produção de provas é circunstância essencial para o seu alcance, sendo estas produzidas pelas partes, ou até mesmo pelo próprio magistrado.

### **Da produção de provas**

Sendo este estágio algo tão significativo para um desfecho satisfatório do processo, vale pontuar os aspectos de mais importância e que merecem uma melhor elucidação para a compreensão do tema de uma forma geral.

Primeiramente, em relação a prática de provar determinado ato, Nucci (2008, p.388) descreve que:

“a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez-se prova de que o réu é o autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.”

Assim, caberá as partes propor os meios pelos quais planejam utilizar-se a fim de que possam provar suas alegações, conforme esclarece Aranha (1993, p. 34) ao dizer que “a proposição da prova consiste numa função eminentemente das partes, por intermédio da qual elas indicam os meios por que pretendem provar o alegado para obter a prestação jurisdicional desejada”.

Tal proposição será examinada pelo magistrado para que este determine se a prova é pertinente e merece sua produção no processo. A este procedimento, dá-se o nome de admissibilidade, que segundo Aranha (1993, p. 37) “é ato processual específico do juiz, que, por ele, examinando as provas propostas pelas partes e o seu objeto, defere ou não a produção”.

Esses procedimentos são obrigatórios no processo penal, visto que apesar de se admitir um rol abundante em relação a possibilidade dos meios de prova, ainda assim,

existirão provas que não serão aceitas por parte do juiz, seja pela forma como foram produzidas, ou ainda, por violação a alguma norma.

Dentre as provas que eventualmente poderão não ser aceitas pelo magistrado, destacam-se as provas ilícitas e as provas ilegítimas, que são conceituadas por Feitoza (2009, p. 692) da seguinte forma:

“a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei nº 9.455/97)b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 3º, b), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para a realização de busca e apreensão domiciliares (Art. 240 a 250 do CPP c.c. Art. 5º, XI da CF)c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção de prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito quando a lei exigia dois peritos. (Art. 159, caput, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei nº 8.862/94).”

Essas definições são altamente relevantes, afinal, conforme explanado anteriormente, as provas serão o meio pelo qual a parte tentará convencer o julgador acerca de seus argumentos, e isso pode fazer com que esta, de alguma forma, se utilize de algum recurso não previsto no ordenamento jurídico, ou vedado por força da legislação.

Ainda que definidas como ilícitas ou ilegítimas, há correntes doutrinárias que apesar disso defendem a possibilidade de utilização dessas provas, ainda que em caráter excepcional. Assim como, correntes contrárias advertem que o aproveitamento de tais provas seriam uma afronta ao texto da Constituição Federal.

Nessa linha contrária a utilização das provas ilícitas no processo penal, Prado (2006, p. 9) ensina que:

“neste sentido, as provas ilícitas são inaceitáveis no processo, em obediência ao ditame constitucional insculpido no inciso LVI do art. 5º, destarte, existindo a produção de uma prova ilícita, como, por exemplo, tortura, violação de correspondência ou de domicílio, ao violador da norma será imposta uma penalidade prevista na lei penal”.

Seguindo o mesmo raciocínio, Aranha (1993, p. 55), ao interpretar a corrente contrária a utilização da prova ilícita, demonstra que:

“toda prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, é que, toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais. Se, ao colher-se a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade,

não podendo prevalecer em qualquer campo do direito. Note-se que em todos os casos concretos e exemplos possíveis de provas ilícitas vamos encontrar como violado um dos direitos fundamentais previstos na Constituição.”

Observa-se, portanto, o forte argumento da presente corrente que, embasada no texto constitucional que prevê expressamente a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, assevera que o magistrado, em hipótese alguma, poderá admiti-las, sob pena de infração da Carta Magna.

Posicionamento este que é verificado como dominante no Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM DADOS BANCÁRIOS OBTIDOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO MEDIANTE REQUISIÇÃO DO FISCO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. PROVA ILÍCITA. DESENTRANHAMENTO. 1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. 2. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias em sede de processo administrativo tributário sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal. 3. Agravo regimental improvido.” (BRASIL, 2013a.)

“RECLAMAÇÃO. PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR NULA A PROVA RESULTANTE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ORIUNDA DE DENÚNCIA ANÔNIMA. NOVO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVAS DECLARADAS ILÍCITAS DESCONSIDERADAS. PEDIDO IMPROCEDENTE. 1. Não se verifica o descumprimento do julgado proferido por esta Corte em sede de habeas corpus, uma vez que o novo decreto condenatório não levou em consideração as provas declaradas ilícitas, mas, sim, fundamentou-se na prova testemunhal produzida, bem como no depoimento do acusado. 2. Reclamação improcedente.” (BRASIL, 2013b.)

Contudo, há que vislumbre alguma possibilidade de admissão, ainda que o texto de lei diga o contrário, conforme se observa, nas palavras de Aranha (1993, p. 53), ao analisar um ponto de vista diferente das até então descritas:

“a teoria que admite a prova ilícita parte do princípio de que somente podem ser rejeitadas no processo as provas violadoras de uma norma instrumental, as ilegítimas, por serem as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual. Para os seguidores a violação de uma norma material traz a sua sanção específica, que não é o afastamento do processo. Vale dizer: na prova ilícita reconhece-se a ofensa ao direito material, devendo ser aplicada ao ofensor a sanção correspondente, a penalidade adequada; Todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual. A conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor.”

Pode-se notar, portanto, uma relativização do texto constitucional, com o cunho intimamente ligado ao princípio anteriormente descrito, da busca pela verdade real, uma vez

que o doutrinador defende a utilização da prova, desde que esta auxilie na resolução da questão levantada no processo.

Grecco (1989, p. 178), adepto a tal corrente, explica que:

“não pode o texto constitucional ser interpretado de maneira radical, pois haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes. Nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem que conviver com outras regras ou princípios igualmente constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova por meio ilícito.”

Verifica-se aqui um argumento contundente favorável a aceitação, em determinados casos, da prova ilícita no processo penal. Reconhece-se a ocorrência da norma constitucional que, em tese, proibiria essa utilização, porém, faz-se uma relativização dos princípios constitucionais e impõe que, caso haja conflitos entre esses princípios, o caso concreto poderá admitir tais provas.

Ainda que permaneça tal discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas percebe-se que o código de processo penal incentiva demasiadamente a produção de provas como forma de motivar o convencimento do juiz que ao final deverá proferir uma sentença.

Embora muitos associem a busca pela verdade real no procedimento penal, a previsão é de que as partes devem buscar através dos meios admitidos em direito, provar a verdade dos fatos alegados, sendo essa verdade aquela que mais se aproxima da verdade dos fatos ocorridos.

Portanto, cabem as partes, seja no processo penal ou em qualquer outro procedimento, diligenciar em busca de provas a seu favor e, além disso, cabe também ao juiz diligenciar e conduzir a produção de provas se ainda não estiver convencido pelo que foi anexado aos autos, isto porque, o importante será a busca pela justiça tendo como escopo a verdade dos fatos provada da forma mais concreta possível.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Destaca-se que a função do processo é resolver da forma mais justa possível os litígios da sociedade e apesar de cada área do direito possuir os meios e instrumentos para a busca da verdade, cabe aos aplicadores do direito utilizar-se dos meios que dispõem para incansavelmente buscar a verdade dos fatos.

Claro que as partes, bem como juiz por ser o destinatário das provas, devem a todo custo chegar o mais próximo da verdade possível, utilizando os meios admitidos juntar aos autos provas concretas e claras.

Assim, a instrução probatória é relevante em qualquer procedimento, seja no cível, no penal, administrativo, pois é nesse momento em que todas as alegações podem e devem ser fundamentadas.

O código de processo civil, em nenhum momento, menciona que a verdade mais próxima basta ou que se busca a verdade formal, na verdade enfatiza que não se deve medir esforços para a busca da verdade diante dos diversos institutos previstos.

Do mesmo modo, o processo penal tem como foco primordial a maior aproximação possível do fato em si, até por tratar de bens jurídicos de extrema importância para o ser humano, como a liberdade e a vida.

Ao longo do tempo, houve a criação de um mito de que apenas o processo penal buscaria a verdade real por cuidar dessas questões de maior relevância na vida do indivíduo, ao passo que o processo civil se ocuparia apenas da verdade formal.

A maior habitualidade quanto a produção de provas por parte do magistrado, aliada a corrente que defende a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal, são as principais causas do surgimento deste mito.

Porém, há de se ressaltar que tal afirmação não é verdadeira, mesmo porque, também são de extrema importância os processos tratados no cível como os casos em que se discute a capacidade do indivíduo por meio da ação de interdição, ou ainda, nos casos em que se busca a sobrevivência digna do ser humano ao conduzir as ações de alimentos, entre outros casos.

Portanto, a busca da verdade na instrução probatória é estipulada em cada procedimento de uma forma diferente, com suas peculiaridades, mas ao final a verdade é uma só, ou o fato alegado é verdade ou é mentira, não há uma meia verdade, devendo desaparecer os termos verdade real, formal ou material.

Por fim, ressalta-se que a busca da verdade é o caminho que leva a justiça e por isso, deve ser incansavelmente buscada, pelas partes e pelo juiz em prol da solução justa dos conflitos da sociedade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4 ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

BRASIL, **Código de processo civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL, **Código de processo civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL, **Código de processo penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental Em Recurso Especial 1402649 BA 2011/0278996-5, da 6ª Turma**. Relatora: Maria Thereza De Assis Moura: 18 de novembro de 2013a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação. 14979 RJ 2013/0360620-1, da 3ª Seção**. Relatora: Maria Thereza De Assis Moura: 17 de dezembro de 2013b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1989

LIMA, Marcellus Polastri. **Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão com meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos**

**tribunais superiores.** Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2242687-52.2015.8.26.0000, da 8ª Câmara de Direito Privado.** Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. São Paulo: 03 de jun. de 2016a. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0009337-75.2013.8.26.0302 da 15ª Câmara de Direito Criminal.** Relator: Encinas Manfré. São Paulo: 05 de maio de 2016b. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 1007677-64.2014.8.26.0005, da 22ª Câmara de Direito Privado.** Relator: Hélio Nogueira. São Paulo: 19 de maio de 2016c. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 07 jun. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0013250-87.2012.8.26.0032 da 27ª Câmara de Direito Privado.** Relator: Sergio Alfieri. São Paulo: 28 de junho de 2016d. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0046081-35.2009.8.26.0602 da 4ª Câmara de Direito Público.** Relator: Paulo Barcellos Gatti. São Paulo: 20 de junho de 2016e. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. **Prova no processo penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

# **A DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DA PAZ A PARTIR DO ENTE ESTATAL: SOBRE A POSSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA**

Ana Paula MEDA<sup>1</sup>  
Patrícia Naomi ASAKURA<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Trata-se de estudo acerca da utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, especificamente o emprego da conciliação, enquanto possibilidade resolutive a ser usada nos casos em que a Administração Pública, peculiarmente no que tange à Fazenda Pública, compõe uma das partes. A partir do problema aventado, busca-se entender a partir do conhecimento sobre os meios consensuais de resolução de conflitos enquanto acesso à justiça, bem como pela compreensão sobre a Administração e seus princípios basilares e sobre a Fazenda Pública, se é possível a aplicação da conciliação quando o Poder Público figura como polo do conflito, tendo em conta o interesse em questão. Objetiva-se, dessa forma, apontar que mesmo diante das particularidades envolvendo o interesse público, a conciliação, enquanto um dos meios adequados para solucionar controvérsias, a considerar ainda a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é pertinente de incidência quando houver a participação da Fazenda Pública como parte. Isto porque, a disseminação de tal método também exige sua utilização nos casos em que o Estado faz-se presente, até mesmo como estímulo à mudança cultural do processo adversarial para a cultura da paz. Para alcançar referida finalidade o trabalho centrou-se no método dedutivo e no emprego das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meios consensuais de resolução de conflitos; Acesso à justiça; Poder Público; Interesse público; Conciliação.

## **ABSTRACT**

This is a study about the use of consensual means of conflicts resolution, specifically the use of conciliation, as a solving possibility to be used in cases in which the public administration, peculiarly with respect to the State, when taking part in a lawsuit. From such problem, we seek to understand from the knowledge of the consensual means of conflict resolution as access to justice, as well as the understanding of the management and basic principles of the Treasury, if the application on consensual means is possible when the Government figures as a part in the conflict, taking into account the interest in question. The purpose is thus to point out that even before the particularities involving the public interest, conciliation, as one of the appropriate means to resolve disputes, also considering Resolution No. 125 of the National Council of Justice (CNJ), is relevant when there is the participation of the Treasury. This is because the spread of such a method also requires its use in cases where the state is present, even as a stimulus to a cultural change of the adversarial process for the culture of peace. To achieve that purpose the work focused on the deductive method and the use of documentary

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho. É mestranda em Ciência Jurídica pela mesma instituição. Atua como advogada no Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP. Integrante dos Grupos de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais; A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana; e A Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil.

2 Advogada, bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

and bibliographic research techniques.

**KEY-WORDS:** Consensual means of conflicts resolution; Access to justice; Public Power; Public interest; Conciliation.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho focalizou a possibilidade de aplicação da conciliação, enquanto meio adequado e consensual de resolução de conflitos quando a Administração Pública, por intermédio da Fazenda Pública, compõe uma das partes da demanda, adentrando-se nas benesses de mencionada oportunidade.

A abordagem deste objeto de estudo tem como justificativa e relevância social a questão de que a jurisdição tradicional não seja percebida como única opção à controvérsia vivenciada, ainda que o ente estatal figure como uma das partes, como, por exemplo, no caso da Fazenda Pública, ao passo que é possível o emprego da conciliação como técnica voltada para cultura da pacificação.

Em face de tal entorno, o problema proposto pauta-se na seguinte pergunta: diante das prerrogativas e privilégios somados aos princípios basilares da Administração Pública, é viável o emprego da conciliação quando a Fazenda Pública consta como parte no conflito como maneira de incentivo do próprio Estado à cultura da paz?

Neste seguimento, o objetivo trabalhado buscou enfatizar que mesmo o Poder Público, por meio da atuação da Fazenda Pública, pode utilizar-se da conciliação nos casos em que seja parte, sendo apontado como exemplo real o que ocorre na Vara das Execuções Fiscais de Fortaleza – CE.

Assim, o estudo delimitou-se à abordagem propedêutica sobre como os meios consensuais de resolução de conflitos nasceram em razão da alteração das necessidades sociais, passando por considerações acerca da Administração Pública e seus princípios até o terceiro capítulo que trabalhou em específico, a Fazenda Pública e a conciliação como possibilidade plausível.

Com isso, o referencial teórico adotado partiu da análise da autotutela e da autocomposição, para o firmamento do Estado-juiz e o conseqüente surgimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, como terceira onda renovatória de acesso à justiça no entendimento de Cappelletti e Garth; por conseguinte tratou-se dos princípios basilares da Administração e, por fim, alcançou-se a questão central, qual seja, a viabilidade da conciliação quando envolver a Fazenda Pública, com fundamentação doutrinária, legal e

exemplificativa.

Para realização do trabalho foi empregado método dedutivo como método de abordagem, pois que se iniciou de uma visão ampla relacionada com os meios consensuais de solução de conflitos até se analisar o ponto específico, que é a possibilidade da conciliação ser usada quando o ente estatal figura como parte da controvérsia. Por fim, foram utilizadas como técnicas de pesquisa a pesquisa indireta documental e a pesquisa indireta bibliográfica.

## **MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Viver em comunidade pressupõe a existência de conflitos e a disposição para o diálogo, pois “O conflito faz parte do cotidiano das pessoas, devendo ser interpretado como algo necessário ao aprimoramento das relações interpessoais e sociais. Aponta-se assim a necessidade de que as controvérsias sejam resolvidas de forma adequada” (SALES; RABELO, 2009, p. 75).

Outrora, contudo, as interações humanas quando tensionadas pela disputa de interesses próprios, por vezes, resolveram-se através do uso da força ao predominar o mais forte em detrimento de qualquer dialógica com fito consensual pautada na razão, o que aprisionava qualquer anseio pacificador.

Porém, tal sistemática tornou-se insustentável, tendo em conta que a ingerência das insatisfações fez da vida social um jogo sem regras, a qual somente continha as imposições observadas por aqueles que tinham o poder pela força e suprimiam a tentativa do argumento e da consolidação de direitos prévios que assegurariam certo grau de proteção.

Com isso, ainda que houvesse a solução das controvérsias, elas ocorriam pelo domínio do medo alheio inculcado na força física. Assim, sob a ótica evolutiva, a mudança de paradigma na resolução de conflitos tem relação direta com a função ordenadora do Direito na “coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros [...] a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 27).

Mas para que seja possível ter a noção da progressiva mudança nas formas utilizadas para solução das insatisfações no grupo social, é necessário observar o passado para perscrutar o antes e o depois e entender como a sociedade vigente alcançou os meios consensuais de resolução de controvérsias que estão em voga.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 29, grifos dos autores) o primeiro estágio de desfecho dos conflitos é chamado de autotutela, no qual, a força era sinônima de êxito:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

Acrescenta-se que afora a autotutela, marcada pela indispensabilidade da força a resultar em alguns casos como vingança privada, também se percebeu nos tempos primitivos como maneira de solucionar os conflitos a chamada autocomposição, que persiste hodiernamente.

A autocomposição, verificada na atualidade no que tange aos direitos disponíveis, consiste, basicamente, na abertura das partes para desistir ou aceitar parte do direito, ao passo que abarca três formas, quais sejam, “a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 29).

A partir de então, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 29), outro modo de encarar as controvérsias pessoais e sociais que não mais de maneira parcial, foi concretizada por intermédio dos árbitros, pessoas de confiança das partes que eram eleitas para dar uma resolução imparcial ao caso, vez que geralmente a arbitragem era exercida pelos sacerdotes, já que o possível contato com os deuses ensejariam soluções corretas.

Com o transcurso histórico e a percepção das precariedades de cada modelo resolutivo, o firmamento do Estado trouxe a jurisdição, passou-se da justiça privada para justiça pública, uma vez que os juízes estatais analisam a causa e resolvem as divergências a partir de uma decisão imparcial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.29).

Entretanto, no que condiz ao tempo presente, a judicialização dos conflitos não tem sido vista como a melhor maneira para ser obtida uma solução, a considerar a demora do processo judicial clássico e o elevado número de demandas que circundam nos fóruns,

tribunais e cortes superiores, quase que a atrofiar a célere resposta à controvérsia vivida, podendo ocasionar uma sucessão de conflitos:

A manutenção de uma cultura de cunho adversarial, fulcrada no processo judicial formal, [...], só proporciona o surgimento de novos conflitos e, no mais das vezes, o aumento da violência na sociedade. Com o advento de novas controvérsias, pela ineficácia do processo em pacificar as partes, novas demandas são ajuizadas, num ciclo que se perpetua indefinidamente. (GONÇALVES, 2014, p. 172-173).

Por sua vez “O direito contemporâneo é acometido por complexidade e pluralismo. Não suporta mais concepções que anteriormente eram suficientes. Paradigmas são e devem ser quebrados em prol de modelos que suportem as características atuais da sociedade” (CAMBI, 2016, p. 631). Tem-se trazido a lume então, justamente com o propósito de que os casos não sejam todos judicializados, a disseminação dos meios consensuais de resolução dos conflitos que tornam a jurisdição clássica uma das possibilidades de se resolver uma discordância.

Nesse sentido, para Cappelletti e Garth, falar dos meios alternativos de resolução de conflitos trata-se de trazer à tona a terceira onda renovatória de acesso à justiça. É o que os autores chamam “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla do acesso à justiça” como uma nova abordagem do assunto (1988, p.25).

Desse modo é interessante salientar que o acesso à justiça pode ser percebido como direito fundamental com relação intrínseca com a cidadania, pois “a negação do direito fundamental de acesso à justiça pode ser encarada como a negação de todos os demais direitos fundamentais insculpidos no ordenamento jurídico pátrio” (GONÇALVES, 2014, p. 47).

Depreende-se, por sua vez, que os meios consensuais de resolução de conflitos apresentam-se mais do que uma nova abordagem ao acesso à justiça, na razão de que são técnicas permissivas de que o próprio acesso à justiça em si aconteça com a consequente resposta e o firmamento de outros direitos.

Sob a ótica de Vinícius José Corrêa Gonçalves (2014, p. 46), o acesso à justiça precisa ser compreendido, com isso, como evidente direito fundamental previsto no rol dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988.

No direito estrangeiro, os meios alternativos de solução de conflitos são tidos sob a sigla ADRs (Alternative Dispute Resolution) ou Resoluções Alternativas de Disputas que “podem ser entendidos como métodos ou formas de solução de litígios que não envolvem ou, até mesmo, que dispensem, em maior ou menor grau, a participação tradicional do Poder Judiciário (função de julgar e impor uma solução adjudicada)” (GONÇALVES, 2014, p.162).

Mas por qual motivo tanto se fala nos meios alternativos de resolução de conflitos, vez que o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, os trouxe em alguns de seus dispositivos legais, como, por exemplo, na norma inserta no artigo 1º, § 3º? A resposta sugere que

O crescimento da utilização desses mecanismos tem-se mostrado em diversos países, dadas a percepção da necessidade de adequação das soluções ao tipo de conflito, as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas, e as consequências da má administração desses problemas. Nos mecanismos consensuais, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de gerir os conflitos, caracterizando-se pela proximidade, oralidade, diminuição de custos e maior possibilidade de discussão de todos os aspectos inerentes ao conflito [...]. Os mecanismos consensuais, assim, foram ganhando espaço nas sociedades em função, especialmente, da necessidade de se perceber o conflito, avaliá-lo e de encontrar caminhos para uma solução pacífica e construída, não apenas uma solução imposta. Buscou-se fortalecer os indivíduos que vivenciam o conflito, a partir do reconhecimento de suas responsabilidades como protagonistas desses processos de solução (SALES; RABELO, 2009, p. 76-77).

Eduardo Cambi ainda acrescenta que o novo Código de Processo Civil

aposta em *meios alternativos* de resolução de controvérsias, por considerá-los mais adequados, rápidos, baratos e eficientes. Tais meios evitam a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, o que favorece o bom-senso das partes e contribui para a pacificação social (2016, p. 634, grifos do autor).

Sobre os meios adequados de resolução de conflitos no Brasil, mais comumente ouve-se sobre a conciliação e a mediação, contudo, cabe ressaltar que outros meios existem, principalmente, no que se relaciona com o direito norte-americano. No entanto, este estudo focar-se-á na conciliação, já que imprescindível um enfoque mais profundo em tal método para o entendimento do trabalho como um todo.

Assim, “Na conciliação extrajudicial há a participação de um terceiro que busca a aproximação das partes do conflito para que cheguem a um acordo antes da utilização da via judicial” (CABRAL, 2013, p. 46, grifo do autor), sendo que “A conciliação judicial é desenvolvida durante o curso de um procedimento judicial e visa a obtenção da solução do litígio pelas próprias partes antes que sobre ele se manifeste o Estado-Juiz” (CABRAL, 2013, p.46, grifo do autor).

Cabe mencionar que a conciliação e a mediação são métodos distintos. Enquanto na primeira não se investiga os contextos do conflito e ao mesmo tempo se exige uma conduta proativa do conciliador perante as partes (SOUZA, 2010, p. 133-132); na segunda opção são trabalhados pontos ocultos e profundos da controvérsia, na qual, as próprias partes chegam a um acordo com a ajuda do mediador (BRASIL, 2015, p. 44).

Mas diante da especificidade da conciliação não basta o mero discurso sobre suas benesses enquanto meio consensual de resolução de conflitos, mais do que isso é necessária sua implementação na realidade brasileira e, neste viés, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a Resolução nº 125 que prevê a utilização da conciliação e da mediação como política pública que deve partir do Judiciário, no sentido de “se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de praticas já adotadas pelos tribunais” (BRASIL, 2015, p. 11).

Pelas breves considerações, entende-se que para que haja a aplicação da conciliação e sua disseminação enquanto política pública faz-se necessário que também venha a ocorrer nos casos envolvendo a Administração Pública, especificamente a Fazenda Pública, como se verá de maneira subsequente a possibilidade de se empregar tal método ainda que o Poder Público componha uma das partes.

## **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS BASILARES**

Conforme já anunciava Aristóteles, o homem é naturalmente um animal político, à medida que só consegue realizar a plenitude de suas potencialidades no âmbito da pólis. Em tradução musical e poética de Tom Jobim, equivale a dizer que “é impossível ser feliz sozinho”.

Vê-se, assim, que os homens necessitam da convivência em grupos, desde aquela exercida no núcleo familiar até o relacionamento com os vizinhos e demais munícipes e o pertencimento a uma nação, para que possam se realizar em completude como seres humanos.

*Isoladamente, o homem não se basta a si próprio. (...) Sociedade vem a ser toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas.* (BASTOS, 1995, p. 1)

Entretanto, a busca da completude humana não é imune a percalços e naturalmente podem ocorrer conflitos de valores e interesses das pessoas, fazendo-se necessária uma forma de solução dessas divergências, a fim de se retornar à paz social.

Diante disso, surge a figura do Estado, o qual, “como ordem política da Sociedade é conhecido desde a antiguidade aos nossos dias. Todavia nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade” (BONAVIDES, 2000, p. 73).

Há controvérsia, inclusive, quanto ao exato momento em que surgiu o Estado, porém, para o presente estudo, basta compreender que

Como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os

indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum(...) de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo. (DALARI, 1998, p. 41)

Com isso se extraem os três elementos que tradicionalmente a doutrina aponta como componentes do Estado: território, povo e poder. Isso porque sua atuação volta-se a certo povo, estabelecido em determinada base geográfica, o qual governará sem ser sobrepujado por nenhum outro poder externo (BASTOS, 1995, p. 10).

A esta noção, é importante acrescentar a finalidade precípua do Estado, que, conforme decorre do excerto acima, consiste no bem comum. Tal observação é de tal relevância que Valter Santin (2013, p.25), resgatando lições de Hely Lopes Meireles, chega a afirmar que a prestação de serviços públicos é a própria razão de ser do governo, “não se justificando o Estado ‘senão como entidade prestadora de serviços públicos aos indivíduos que o compõem’”.

Dessa forma, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de que a sociedade se vale para garantir a coexistência harmônica de todas as pessoas,

passando pela manutenção da paz externa e concórdia interna, passando pela garantia e fomento da iniciativa privada, regulação da ordem econômica, promoção e acesso à educação e preservação da saúde pública, até medidas outras para propiciar o bem-estar social, por meio de obras e serviços necessários à coletividade (serviços públicos propriamente ditos) ou convenientes aos indivíduos (serviços de utilidade pública). (SANTIN, 2013, p. 25-26)

O Estado destina-se, portanto, a servir à sociedade. Porém, a realização de toda essa gama de serviços demanda recursos, que deverão ser arrecadados junto à própria sociedade, por meio do pagamento de tributos. Isso porque, sem a tributação, o Estado não conseguiria realizar seus fins sociais, a menos que monopolizasse toda a atividade econômica, o que atentaria contra a livre iniciativa na ordem econômica, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal (MACHADO, 2010, p. 30).

Nesse ponto, oportuno transcrever a definição de administração tributária trazida por Alexandre Moraes (2014, p. 340):

objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Ela se relaciona estreitamente com o poder público voltado para a fiscalização e

arrecadação tributária (HARADA, 2010, p. 533), no entanto, conforme explica Hugo de Brito Machado (2010, p. 33/37), não é correto entender a relação tributária tão somente como uma relação de poder, pois embora seja uma manifestação da soberania estatal, não se trata de uma relação de submissão ou sanção ao contribuinte, mas sim uma relação jurídica, em que ambas as partes possuem direitos e deveres e que se encontra legitimada pelo ordenamento jurídico.

Assim sendo, tal relação é regida por princípios que visam proteger os cidadãos do arbítrio estatal: conforme disposto na Carta Fundamental, em seu artigo 37, a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por sua vez, a Lei nº 9.784/1999 acrescenta a esse rol, em seu artigo 2º, os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público. Cabe, ainda, acrescentar outros princípios apontados pela doutrina, especificamente concernentes à relação tributária, como o princípio da anterioridade, igualdade, competência, capacidade contributiva, vedação do confisco e liberdade de tráfego.

Tais princípios remetem à ideia de que, como o próprio nome já indica, a administração pública é mera administradora dos recursos arrecadados, ela tão somente pratica “atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes”, por meio do emprego de “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas” (MEIRELLES, 1998, p. 65).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1998, p. 83, grifo nosso):

No trato jurídico, a palavra administração traz em si conceito oposto ao de propriedade, isto é, indica a atividade daquele que gere interesses alheios, muito embora o proprietário seja, na maioria dos casos, o próprio gestor de seus bens e interesses. Mas o que desejamos assinalar é que os termos administração e administrador importam sempre a ideia de zelo e conservação de bens e interesses, ao passo que as expressões propriedade e proprietário trazem ínsita a ideia de disponibilidade e alienação. Por aí se vê que **os poderes normais do administrador são simplesmente de conservação e utilização dos bens confiados à sua gestão, necessitando sempre de consentimento especial do titular de tais bens e interesses para os atos de alienação, oneração, destruição e renúncia. Esse consentimento, na Administração Pública, deve vir expresso em lei.**

Em vista disso, sobressaem dois princípios basilares, a partir dos quais é possível compreender a dimensão dos outros anteriormente destacados: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e princípio da indisponibilidade do interesse público. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, ou princípio da finalidade pública, não encontra remissão expressa no ordenamento jurídico,

tratando-se, pois, de um princípio implícito. A despeito disso, apresenta-se como uma decorrência natural do regime jurídico-administrativo, tendo em vista que o Estado tem supremacia para impor os seus fins, quais sejam, o interesse público e a vontade geral, em detrimento de interesses particulares. “Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual” (DI PIETRO, 2014, p. 67).

Intimamente ligado a ele, temos o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 69):

significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público- não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever- na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis. (...) as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.

De acordo com esse princípio, portanto, a coisa pública não pertence à administração nem aos agentes públicos, tampouco aos administrados: ela pertence a toda a coletividade. Dessa forma, o administrador não pode dispor do interesse público, vez que o ato da disposição pressupõe a propriedade.

Consoante expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, inciso II, a Administração Pública, nos processos administrativos necessariamente observará o "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei".

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão” (DI PIETRO, 2014, p. 67).

Em face dessa circunstância, a condição da administração pública, como mera administradora de direitos indisponíveis, parece torná-la incompatível com a nova ordem apresentada na primeira parte do presente trabalho. Afinal, se a Administração não pode dispor da coisa pública, como poderá ela participar do novo paradigma de solução de litígios, em que se preza a autonomia e empoderamento das partes? É o que será analisado a seguir.

## **FAZENDA PÚBLICA E CONCILIAÇÃO**

Em meio às críticas direcionadas ao poder judiciário, principalmente no tocante à sua morosidade, pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e intitulada “O uso da justiça e o litígio no Brasil”, apontou que o poder público é o maior litigante no país.

O estudo analisou processos de primeiro e segundo graus, bem como dos juizados especiais das Justiças estaduais de 11 unidades da federação, verificando a situação acima referida em oito deles.

A título de ilustração, no Estado de São Paulo, que concentra sozinho em torno de 40% dos processos em trâmite no país, a administração pública municipal figurou como parte ativa em mais da metade dos processos em primeiro grau entre os anos de 2010 e 2013 (73,2% em 2010; 59,4% em 2011; 57,7% em 2012 e 59,6% em 2013).

Tais números permitem concluir que o próprio Estado contribui para a saturação em que se encontra o poder judiciário. Em razão disso, a fazenda pública não pode ficar alheia às orientações conciliatórias que foram objeto da primeira parte deste trabalho.

Inicialmente cumpre salientar que Fazenda Pública é a designação dada à Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, autarquias, fundações públicas e demais órgãos que tenham capacidade processual, à exceção das sociedades de economia mista e empresas públicas (MEIRELLES, 1998, p. 590; CUNHA, 2011, P. 18). A expressão “Fazenda Pública” representa, portanto, a personificação do Estado nas ações judiciais (CUNHA, 2011, p. 15).

Conforme já abordado no tópico anterior, diante de sua finalidade primordial (o interesse público) e pelo meio de que se vale para realizá-la (os tributos), a Administração Pública se submete a princípios e regras do direito público; da mesma forma, vigorará quanto à Fazenda Pública os princípios da legalidade, presunção de legitimidade dos atos administrativos e supremacia do interesse público sobre o privado, bem como ser-lhe-á destinado um tratamento diferenciado, tendo em vista que seu erário (o dinheiro público) é que suportará os encargos patrimoniais da demanda (MEIRELLES, 1998, p. 590; CUNHA, 2011, p. 11)

Esse tratamento diferenciado se vislumbra nas prerrogativas (ou privilégios) processuais da Fazenda, dentre as quais se destaca a contagem do prazo em dobro para manifestação em juízo da União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, conforme disposição expressa do artigo 183 do novo

Código de Processo Civil; a necessidade de intimação pessoal, extraída do mesmo dispositivo; a impossibilidade de penhora e arresto dos bens públicos, aliada ao regime de precatório na execução contra as Fazendas (art. 100 da CRFB/88); e a remessa necessária (também conhecida como recurso de ofício ou duplo grau de jurisdição), que se encontra no artigo 496 do CPC/2015; entre outras.

A priori, a situação privilegiada em que se encontra a Fazenda parece afrontar a paridade de tratamento das partes que deve informar o processo judicial<sup>1</sup>, no entanto, não se deve olvidar que essa igualdade se baliza pelo princípio da isonomia, o qual, inspirado em Aristóteles, prescreve que se deve tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade, a fim de alcançar-se o verdadeiro equilíbrio entre eles.

Sob essa ótica, as regras especiais conferidas à Fazenda Pública são compreendidas como um meio necessário para atender às suas necessidades especiais, que se revelam distintas daquelas apresentadas pelos litigantes particulares.

No tocante à contagem de prazo de modo distinto, Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 35) aduz:

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

Todavia, mais do que isso, é preciso ter em mente que:

quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso.(...) Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. (MORAES, 2000, p. 69)

É dizer, longe de beneficiá-la de maneira infundada, o ordenamento busca auxiliar a Fazenda Pública na defesa do interesse público e do bem coletivo. O problema reside, pois, na harmonização da necessária conciliação com essa proteção redobrada às questões fazendárias, tendo em vista que ambos interessam igualmente à coletividade.

O próprio sistema processual brasileiro já permite expressamente a conciliação por parte da Fazenda Pública, conforme se pode observar pelo advento da Lei nº 12.153/09, que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispondo em seu artigo 1º que sua criação

se volta “para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”.

Até então, a participação da Fazenda Pública nos Juizados era bastante limitada, tendo em vista que há exclusão expressa da competência dos Juizados Estaduais de causas que envolvam interesse da Fazenda Pública (art. 3º, §2º da Lei nº 9.099/95), enquanto nos Juizados Especiais Federais, só lhe é permitida a ocupação do polo passivo nas ações (art. 6º, II da Lei nº 10.259/01), devendo-se atentar, ainda, às restrições impostas nos incisos do §1º do artigo 3º da mesma lei.

Diante desse panorama, a Lei nº 12.153/09 trouxe uma mudança muito bem-vinda, ao possibilitar o processamento, julgamento e, principalmente, a conciliação nas causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, dispondo, inclusive, que tal competência será absoluta no foro onde estiver instalado o Juizado.

Entretanto, consoante dicção do art. 5º da lei, somente têm capacidade postulatória perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, podendo figurar como réus os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas. Além disso, a lei manteve as mesmas restrições quanto à matéria que existem no Juizado Federal (art. 2º, §1º da Lei nº 12.153/09).

No caso das execuções fiscais, a Lei nº 6.830/80 não traz qualquer previsão ou restrição à conciliação. Em vista disso, há diversas iniciativas no país que visam à sua prática, como a aplicada na Vara de Execuções Fiscais de Fortaleza - CE<sup>2</sup>, que se desenvolve de acordo com as seguintes etapas: 1) entrada em vigor da lei instituidora do programa de incentivo ao adimplemento das dívidas para com o Município de Fortaleza, por exemplo, com a concessão de descontos nos encargos moratórios, 2) peticionamento com proposta conciliatória de adesão em execução fiscal em curso, 3) deferimento do pleito e ultimização do expediente, 4) formalização da transação entre Município e contribuinte perante a própria Procuradoria, 5) requerimento de extinção do feito com a juntada do respectivo acordo e 6) publicação da decisão homologatória extintiva.

Já nas demais causas, em que se aplicarão as disposições do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) em sua nova redação, voltada à solução consensual dos conflitos, a primeira providência a ser tomada pelo juiz que recebe a petição inicial será a designação de audiência de conciliação ou mediação.

Não mais o réu será chamado a apresentar contestação de pronto, pois sem ser compelido a oferecer defesa, sob pena de revelia, espera-se que as partes possam comparecer desarmados e mais receptivos ao diálogo e solução pacífica da demanda.

O artigo 334, §4º do novo CPC dispensa a audiência tão somente se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou quando não se admitir a autocomposição.

Seria correto então considerar que, por envolver interesses coletivos e, portanto, direito indisponível, as causas que envolvam a Fazenda Pública nunca admitem autocomposição e, assim, automaticamente deverão seguir o antigo procedimento comum ordinário?

Diante de tudo que se buscou expor até aqui, é claro que a resposta não pode ser categoricamente afirmativa.

De início, cabe observar que indisponibilidade não é sinônimo de intransigibilidade. Isso porque, por exemplo, questões que envolvem o direito de família, como a guarda ou alimentos, direitos indisponíveis por excelência, admitem transação. Ou seja, a indisponibilidade se refere aos direitos dos quais o sujeito não pode dispor, em razão de sua própria natureza, enquanto a intransigibilidade decorre de lei que disponha que tal direito não admite transação.

Veja-se que, no exemplo trazido do município de Fortaleza, foi editada lei destinada a estimular o adimplemento por parte dos contribuintes, mediante a expressa renúncia a créditos advindos de encargos moratórios.

Tal medida se faz necessária porque, como já trazido anteriormente, a Administração Pública deve atuar nos estritos limites do que a lei dispuser, em obediência ao princípio da legalidade estrita.

Dito isso, é de se notar que os procuradores judiciais da Fazenda Pública prescindem da juntada de procuração ad judicium, por se presumir conhecido o mandato pelo seu título de nomeação para o cargo, eis que tal representação decorre do vínculo legal mantido entre a Administração e o procurador. Uma vez investido no cargo ou função, ele adquire a representação da Fazenda Pública, estando incluídos nesta os poderes gerais para o foro. (CUNHA, 2011, p. 20-21) Ocorre que tal mandato, nos termos do artigo 105 do CPC, não habilita o advogado a transigir.

Sendo assim faz-se necessária lei especial conferindo-lhe poderes expressos para seu

exercício, já que à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração não é titular do interesse público, devendo exercer essa titularidade nos estritos termos da lei.

Quanto a isso, Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 192) esclarece que:

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.

A seu turno, o art. 174 do novo CPC obriga a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criarem Câmaras de Mediação e Conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Essa obrigação foi regulamentada pela Lei n.º 13.140/15, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, autorizando, com isso, soluções extrajudiciais de questões envolvendo o Poder Público, que deverão ter regulamentação promovida por cada ente federado.

Vê-se, assim, que sem perder de vista os princípios basilares que informam a Administração Pública, é possível que ela atue na defesa do interesse público, valendo-se de meios que privilegiam esse mesmo interesse, como é o caso da conciliação e da mediação. E, além disso, o próprio ordenamento jurídico, ciente dessa possibilidade, vem proporcionando cada vez mais condições para a solução consensual dos conflitos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da fundamentação apresentada é possível notar que os meios consensuais de resolução de conflitos são consequência de uma mudança paulatina das formas pelas quais a sociedade, ao utilizar a razão e não promover a violência com as próprias mãos encontrou para lidar com as controvérsias existentes no grupo social, ao passo que também coube ao Estado monopolizar a consecução da justiça enquanto coação.

No esteio do referido contexto, percebe-se que o novo paradigma de solução de litígios ao se realizar com base na autonomia e no empoderamento das partes, renasce em meio ao processo judicial clássico por meio de técnicas que permitam o acordo pelo diálogo como são os casos da conciliação e da mediação, mais comumente utilizados e divulgados no Brasil.

Logo, a situação não se mostra distinta para o Estado personificado na Fazenda Pública, pois que se a finalidade precípua do ente estatal conecta-se de modo direito com a defesa do interesse público e do bem coletivo, a possibilidade da autocomposição é válida na realização do escopo almejado por aquele.

A Lei 12.153/09, nesta quadratura, possibilita em literatura expressa a conciliação envolvendo a Fazenda Pública nas causas cíveis de até 60 (sessenta) salários mínimos de interesse dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios. Isso, por sua vez, soma-se à Lei 6.830/80 que não prevê, mas também não restringe a conciliação por parte da Fazenda Pública.

A partir de mencionada fundamentação pode-se ter como exemplo evidente da viabilidade conciliatória em demandas de tal natureza, a lei criada pelo município de Fortaleza que incentiva o adimplemento dos contribuintes em meio à expressa renúncia a créditos advindos de encargos moratórios, vê-se, portanto, que a indisponibilidade, princípio basilar da Administração Pública, não é sinônima à noção de intransigibilidade.

Assim, a disseminação da cultura da paz por intermédio dos meios consensuais de resolução de conflitos, quando advinda do próprio ente estatal, contribui para redução do volume processual que satura o judiciário brasileiro, tendo em conta que o Poder Público é o maior litigante no país, conforme visto no texto.

A mudança da cultura adversarial para a cultura da pacificação, desse modo, configura a atuação do Estado em prol do interesse público ao agir para consolidação do novo paradigma de solução de litígios que, consubstanciado claramente no novo Código de Processo Civil, reforça a necessária iniciativa de todos aqueles que praticam o direito, inclusive a Fazenda Pública, para um propósito metajurídico que tem vinculação determinante com o bem comum.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed., rev., atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.**

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Guia de conciliação e mediação judicial: orientações para instalação de CEJUSC.** Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm)>. Acesso em 13 jun 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 13 jun 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em 13 jun 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)>. Acesso em 13 jun 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 13 jun 2016.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

COSTA, João Ricardo dos Santos. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil. Brasília: 2015.** Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>> ou <<http://novo.amb.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Pesquisa-AMB.pdf>>. Acesso em 25/04/2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 2ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. Curitiba: Juruá, 2014.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed., Atual., São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Jose Roberto de. Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública in SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld; BUENO, Cássio Scarpinella (Coords.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 182, p.75-88, abr./jun., 2009.
- SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. 607 f. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

# AS DIFERENTES FORMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VERSAM DIREITOS SOCIAIS

Natacha Ferreira Nagao PIRES<sup>1</sup>  
Jefferson Fernandes NEGRI

## RESUMO

O princípio do acesso à justiça representa garantia para a sociedade e dever para o Estado e consubstancia-se, dentre outras vertentes que pode assumir, na inafastabilidade do controle jurisdicional. A primeira premissa que ele revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional diante da lesão ou ameaça de lesão a direitos. Considerando que a função jurisdicional se desenvolve e concretiza por meio do processo, o aprimoramento do sistema processual e sua adequação às diferentes formas de conflitos de interesses levaram a diferentes formas de tutela jurisdicional. O trabalho, com enfoque para a atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, tem como foco o estudo das demandas protagonizadas por um indivíduo isoladamente, a coletividade delimitada pela comunhão de interesses ou, ainda, a coletividade dispersa, com diferentes consequências jurídicas em cada uma dessas situações. Além disso, em razão da supremacia das normas constitucionais, a validade de qualquer lei ou ato normativo de política pública analisa também controle de constitucionalidade e à interpretação conforme a Constituição, por meio da jurisdição constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Poder Judiciário. Processo.

## ABSTRACT

The principle of access to justice is guaranteed to society and duty to the state and substantiates up, among other aspects which may take the inafastabilidade of jurisdictional control. The first premise that it reveals is that it is up to the Judiciary the monopoly of jurisdiction. The second is the right to invoke the judicial activity before the injury or threat of injury rights. Whereas the judicial function develops and implements through the process, improve the procedural system and its adaptation to different forms of conflicts of interest led to different forms of judicial protection. The work, focusing on the role of the judiciary in matters of public policy, focuses on the study of demands enthralled by an individual alone, enclosed community by community of interest, or even the scattered community with different legal consequences each of these situations. Moreover, because of the supremacy of constitutional norms, the validity of any regulatory law or act of public policy also looks at control of constitutionality and interpretation according to the Constitution, through the constitutional jurisdiction.

**KEY-WORDS:** Public Policies. Judiciary. Process.

## INTRODUÇÃO

---

1 Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo. Atuou como professora e coordenadora do curso de direito da Faculdade de Direito de Presidente Epitácio durante o período de fevereiro a setembro de 2006. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Professora do Centro Universitário Toledo Prudente. Advogada.

Muito já se discorreu sobre o ativismo judicial em matéria de políticas públicas, com argumentos favoráveis à atuação do Estado-juiz baseados, essencialmente, na necessidade de se conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais sob pena de esvaziamento de seu conteúdo e com argumentos contrários a essa interferência, alicerçados na argumentação de que as manifestações judiciais nesse sentido ferem o princípio da separação dos Poderes e a própria concepção de democracia.

Indiscutível é a ascensão institucional do Poder Judiciário, provocada pela inafastabilidade da jurisdição e pelo modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional), responsável pelo estabelecimento de uma relação entre direito e política, em razão da prestação jurisdicional e interpretação das normas jurídicas, fenômeno conhecido como judicialização da política e ativismo judicial.

O enfoque da atuação do Poder Judiciário no que diz com os direitos sociais e políticas públicas foi realizado sob quatro óticas diferentes, mas que se complementam: i) da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais; ii) da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre quaisquer lesões ou ameaças a direitos; iii) da existência ou não de implementação de políticas públicas pelo juiz; e, por fim, iv) da forma como o magistrado deve decidir acerca de políticas públicas sendo que, em muitos casos, é instado a decidir pela prevalência deste ou aquele direito fundamental em caso de colisão.

O objetivo do presente trabalho foi verificar as formas processuais mediante as quais o Poder Judiciário realiza políticas públicas.

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.

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 abordadas as espécies de técnicas processuais 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 das características das diferentes formas de manifestação 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 direitos, 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 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO MEDIANTE PROCESSOS INDIVIDUAIS**

O que caracteriza os processos individuais num primeiro momento é, em regra, a ausência de interesses coletivos, vale dizer, no âmbito do direito processual a limitação da tutela jurisdicional aos litigantes no processo, indivíduos titulares de interesses determináveis, reflete o caráter individual da pretensão deduzida em juízo.

Estabelecida esta premissa, um alerta há que ser feito: a cumulação subjetiva verificada quando há pluralidade de sujeitos (litisconsórcio) no polo ativo ou passivo da demanda (ou em ambos), ou ainda, a cumulação objetiva que se dá quando há reunião de pedidos (ou mesmo de demandas) em um só processo por si só não descaracteriza o processo individual.

Isso porque, mesmo nesses casos, é possível haver um fracionamento da decisão judicial entre os vários sujeitos ou, ainda, quanto aos vários pedidos. A coletividade é aparente e se justifica apenas em razão da forma como esses interesses são tratados processualmente, por razões de celeridade, economia processual e pelo prestígio à estabilidade das decisões.

Assim, é possível afirmar que, quando um direito pode ser atribuído a cada ser em sua individualidade, de modo fracionado, com a possibilidade de se determinar quem seja cada um desses sujeitos de direito e qual a parcela de direito que lhe cabe, o processo é individual. A defesa dos interesses é que, conforme disso tudo se extrai, pode ser exercida de forma individual ou coletiva.

O art. 6º da Constituição Federal, v.g., traz espécies de direitos sociais que podem ser

tutelados tanto na forma individual como na forma coletiva, embora haja entendimento no sentido de que os direitos sociais, mesmo como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais, pois sua fruição é distinta (LOPES, 2010, p. 129).

Mas este entendimento só leva à conclusão quanto à preferência do doutrinador no que diz respeito ao tratamento coletivo a ser dado em juízo aos direitos sociais, não significando que eles não poderiam ser exercidos individualmente.

O que nos interessa aqui é a configuração de lesão ou ameaça a direito passível de ser individualizada e perpetrada pelo poder público mediante a inadimplência quanto à efetivação dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Não é admissível que haja omissão na prestação de política pública ligada aos direitos fundamentais sociais, ou ainda, que esta prestação seja deficiente<sup>2</sup>. “Em outras palavras, o dever de proteção estatal dirigido aos direitos fundamentais é violado quando o poder público age desta maneira” (FONTE, 2013, p. 223/224).

Verificada a lesão ou ameaça a direito decorrente dessa violação caracterizada pela omissão ou pela prestação deficiente, o jurisdicionado poderá acionar o Poder Judiciário em busca de tutela jurisdicional, visto que a norma do art. 6º confere a ele o direito de exigir do poder público prestações eficientes para fruição do direito à saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer, gerando, destarte, para o Estado, deveres de fazer.

Diante da possibilidade de sua defesa individual em razão da natureza que assume diante de cada indivíduo do corpo social, se conclui pela justiciabilidade dos direitos sociais, sem olvidar, contudo, da “preferência” dos Poderes Legislativo e Executivo na sua concretização.

Assim, para conferir plena eficácia aos direitos sociais quando este for o ponto controvertido na relação jurídica entre indivíduo e Estado, deve ser aceita a participação do Poder Judiciário como agente implementador, sob pena de relegar os direitos previstos na Constituição a mero programa político, sem qualquer grau de vinculatividade jurídica.

Nesse sentido é também o entendimento de Valter Foletto Santin (2004, p.222):

É inaceitável a posição do Judiciário de não intervir no assunto, sob os argumentos da discricionariedade administrativa e da independência entre os poderes, obstáculos à ação e às medidas judiciais adequadas, em afronta ao Estado Democrático de Direito. A postura restritiva de ação pelo próprio Judiciário soa como verdadeira omissão na sua atividade, do tipo ‘não-tenho-nada-com-isso’, com nefasto resultado social e perda de legitimidade da função judicante.

---

2 A doutrina apresenta a proibição da proteção deficitária ou insuficiente como princípio, ainda pouco discutido doutrinariamente, mas já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal exatamente em controle de políticas públicas no RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3-2-2006. (FONTE, 20013, p. 223).

Não podemos também perder de vista os escopos do processo, pois é ele o instrumento de atuação do Poder Judiciário na resolução dos conflitos de interesses, mesmo nas hipóteses em que a cognição acerca do objeto litigioso requer manifestação de caráter político, como sói acontecer em matéria de políticas públicas referentes a direitos sociais.

Destarte, num primeiro momento, conforme tudo o que até aqui foi exposto, o Poder Judiciário como forma do poder estatal, deve perseguir os mesmos objetivos do próprio Estado, estando vinculado, portanto, à política estatal, o que justifica a sua atuação no controle de políticas públicas, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade (GRINOVER, 2011, p. 28/29).

Num segundo momento, temos que o monopólio da jurisdição impõe a manifestação do Poder Judiciário diante do conflito, sendo o processo o único caminho para a satisfação de uma pretensão. Sob esse prisma, o juiz tem o dever de decidir e, ainda, dar efetividade às suas decisões, por meio da coerção ou da sub-rogação.

Nesse contexto, o que vale ressaltar para efeitos do trabalho como proposto é que a cognição judicial em processos dessa natureza desenvolve-se sobre a lesão a direito fundamental social, o que nos faz concluir que, embora a decisão do Poder Judiciário se revista de caráter político, não significa que ela provocará, desde logo, a implementação desta ou daquela política pública referente ao direito discutido no processo.

O que faz o Estado-juiz nesse estágio é prestar tutela jurisdicional cognitiva, amparando a quem tem razão no litígio deduzido no processo. “Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada” (DINAMARCO, 2009, p. 107).

Mesmo porque o controle jurisdicional de políticas públicas se divide em dois: o primeiro momento é este: o da cognição, ou seja, do reconhecimento da omissão ou da insuficiência e o segundo, o da execução, o do cumprimento da decisão que os reconhece.

No âmbito do reconhecimento da omissão ou da insuficiência de uma política pública, a atividade cognitiva do juiz é legitimada pela institucionalização constitucional dos direitos sociais e da inerente necessidade de realização de atos materiais para satisfação dos bens da vida que eles protegem.

Portanto, todos podem exigir, com fundamento na inconstitucionalidade da não atuação (omissão) ou da atuação insuficiente, que o Poder Judiciário imponha ao Estado uma tutela específica de obrigação de fazer como forma de cumprimento do dever legal de prestar

efetivamente este ou aquele direito social.

Segundo Guilherme Marinoni (2008, p. 427):

O objetivo da tutela específica é proporcionar à parte a fruição da situação jurídica final que seria obtida acaso a parte contrária tivesse espontaneamente colaborado para realização do direito material. O art. 461, CPC, viabiliza a concessão de tutela específica dos direitos. Mas não é só. Autoriza igualmente a obtenção da tutela específica do direito (tutela inibitória, tutela ressarcitória na forma específica etc.) pelo resultado prático equivalente. Quando se pensa na perspectiva da tutela específica do direito material, o próprio resultado prático equivalente presta a tutela específica.

Já no plano do cumprimento da decisão, outros parâmetros deverão ser observados pelo Poder Judiciário considerando o aspecto temporal para a efetivação do provimento. Isso porque as circunstâncias fáticas podem demonstrar que a concretização do direito não poderá ser realizada a curto prazo, sob pena de inviabilizar outros direitos fundamentais de toda sociedade.

Nesse caso, o provimento jurisdicional deverá ser ajustado no tempo e nas respectivas fases da política pública, inclusive e, principalmente, para que seja possível a compatibilização do orçamento a ele. A vinculação ao orçamento ajusta-se ao plano do cumprimento da sentença, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente efetivada (CANELA JUNIOR, 2011, p. 150).

Além disso, considerando que política pública é processo, a decisão judicial traz diferentes consequências a depender da fase da política pública sobre a qual incide.

Se não há política pública para concretização de direitos, a decisão judicial limita-se a ordenar a sua elaboração, de modo que os Poderes Legislativo e Executivo estarão vinculados a essa decisão, devendo ser observado quanto à atividade do poder público o que foi exposto acerca do momento de cumprimento da decisão.

Geralmente esta decisão repercutirá na formação da agenda, desencadeando o processo de política pública. E a atuação do Poder Judiciário nesse sentido se justifica, sem que se possa falar em usurpação de competência, pois, como já tratado, a discricionariedade legislativa e administrativa são exercidas dentro daquilo que foi tratado pelo Poder Constituinte.

Assim, como a eficácia dos direitos sociais irradia-se para o sistema das funções estatais como um todo e o que o Poder Judiciário faz é reconhecer esta vinculação e a violação a ela por parte dos demais Poderes.

Se a demanda versar sobre a insuficiência da política pública na implementação de

direito social a lesão configura-se pela desigualdade na fruição do serviço ou bem da vida posto à disposição do cidadão.

A atuação do Poder Judiciário incide e tem como causa de pedir a discussão acerca das escolhas e formulações de políticas públicas, bem como a sua própria implementação no plano fático. O que o magistrado faz por meio do processo é exigir o cumprimento das diretrizes traçadas e, se for o caso, responsabilizar os agentes pelo cumprimento insatisfatório.

Da mesma forma como acontece na hipótese de omissão, aqui o magistrado fixará termo para a correção da política pública.

Considerados esses fatores, impende notar que nos processos individuais a decisão restringe-se ao autor da demanda e a imperatividade do provimento transitado em julgado só reconhece o direito daquele indivíduo.

### **A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO MEDIANTE PROCESSOS COLETIVOS**

A tutela coletiva de direitos tem histórico ainda recente, originando-se o debate acerca de tal instituto somente a partir da segunda metade do século XX.

Em um novo desenho social, caracterizado por relações e conflitos de massa, e em especial por influência dos estudos de Mauro Cappelletti (1988, p. 26), a doutrina processualista brasileira passou a tratar com maior preocupação sobre o tema nas décadas de 1970 e 1980.

A tutela jurisdicional foi substancialmente aperfeiçoada para garantir o “acesso à justiça” sob a ótica coletiva, vale dizer, para garantir o direito a uma ordem jurídica justa na defesa e efetividade dos chamados interesses transindividuais e, conseqüentemente, para a proteção plena do indivíduo.

Deveras, em determinadas situações, só a proteção da comunidade pode ser a medida da proteção de cada um de seus componentes. A transindividualidade caracteriza a titularidade do direito, eis que seu gozo é atribuível a um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, assim como a sua violação afeta a esfera jurídica desse espectro de indivíduos (RODRIGUES, 2002, p. 35).

A mudança nas relações sociais estimulou a transformação na maneira de prestação da atividade jurisdicional, visto que os mecanismos processuais suficientes para a solução do conflito de interesse entre indivíduos perderam a instrumentalidade perante os conflitos envolvendo a coletividade.

Sob esse aspecto, a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais não poderia

efetivar-se tão somente pelos princípios individualistas que permeiam o Código de Processo Civil (VIGLIAR, 1999, p. 22/24).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (1997, p. 35): “a conscientização pelos estudiosos da existência de direitos meta-individuais é que fez surgir a necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva, isto é, de providências jurisdicionais capazes de solucionar conflitos envolvendo interesses de grupos”<sup>3</sup>.

O legislador, atento a essa necessidade, tornou possível a tutela dos interesses transindividuais, de maneira que o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar a possibilidade de se instaurarem os chamados processos coletivos efetivamente com a edição da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), posteriormente recepcionada pela Constituição Federal.

E, finalmente, a ampliação da incidência da referida Lei aconteceu nos anos seguintes com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe a esperada harmonização e reestruturação de institutos do direito processual frente aos conflitos de massa (essencialmente coletivos), sem deixar de mencionar, ainda, a introdução da tutela de interesses individuais homogêneos (acidentalmente coletivos).

Importante mencionar que toda legislação sobre os interesses transindividuais complementa-se, inclusive com aplicação subsidiária do próprio Código de Processo Civil.

Trata-se de um sistema de adequação e integração do procedimento para defesa dos interesses coletivos.

É correto dizer que nós já temos um processo civil capaz de permitir a tutela jurisdicional adequada dos conflitos próprios da sociedade de massa. O sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos é integrado, fundamentalmente, pela Lei nº. 7347/85 – a lei da Ação Civil Pública – e pelo CDC. O art.90 do CDC manda aplicar às ações ajuizadas com base no Código – as normas da lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil. Por outro lado, pelo art. 21 da LACP – introduzido pelo art. 117 do CDC – são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no CDC. A LACP e o CDC estão interligados, existindo uma ampla e perfeita interação entre os dois estatutos legais. Atualmente é possível a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Muito embora o art. 1º, IV, da LACP, fale apenas em direitos difusos ou coletivos, é viável a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos que não digam respeito às hipóteses expressamente previstas na LACP (VIGLIAR, 1999, p. 31).

O desenvolvimento de técnicas quanto ao processo coletivo demonstra a preocupação do legislador brasileiro em proporcionar a defesa em juízo dos interesses de

---

3 Uma espécie de proteção coletiva já era proporcionada pela Lei da Ação Popular (Lei nº. 4717/65), mas esta não foi suficiente para a verdadeira solução de conflitos envolvendo interesses coletivos (lato sensu) porque disciplinava de maneira ainda “precária” alguns temas, posteriormente tratados e aperfeiçoados, como a legitimação, objeto e coisa julgada, principalmente.

massa, através de um sistema processual apto, que possibilite aos “consumidores da justiça” obter a efetiva tutela jurisdicional, na medida em que, com uma única demanda, seja possível solucionar conflitos que atingem um número indeterminado de pessoas, ou ainda, determinável, mas que, por assumir relevância social, mereça ser tratado coletivamente.

A tutela coletiva abrange, pois, os direitos essencialmente coletivos, que são os difusos e os coletivos propriamente ditos (artigo 81, parágrafo único, I e II, do Código de Defesa do Consumidor), bem como os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os individuais homogêneos (parágrafo único, III, do mesmo artigo).

A defesa dos interesses difusos somente se faz coletivamente. Vale dizer, o que caracteriza os interesses difusos é a indivisibilidade do objeto, não sendo possível atribuir a cada um dos interessados a parcela que lhes cabe do direito considerado. É o que se conclui pela leitura do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Partindo da análise da indivisibilidade do objeto, também é possível extrair da lei, a interpretação de que os interesses difusos são de todos e de ninguém com exclusividade e que seus titulares unem-se por uma determinada circunstância fática qualquer em comum (MAZZILLI, 2003, p. 48).

Sob o aspecto das características analisadas (indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto), bem como pela intensa conflituosidade e duração efêmera, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 150) conceitua, analiticamente, o interesse difuso como:

[...] interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).

Assim, são interesses difusos: o direito de respirar ar puro e livre de poluição, o direito a um meio ambiente sustentável, o direito de não sermos expostos à propaganda enganosa, a defesa do erário.

Estes interesses estão, segundo Valter Foleto Santin (2005, p. 211), inseridos numa concepção de sociedade contemporânea ou pós-moderna, marcada pelo fenômeno de massa, que pressupõe uma maior dimensão de produção, consumo e danos (patrimoniais ou não).

Embora a expressão interesses ou direitos coletivos seja abrangente de modo a incluir todos os direitos transindividuais, são denominados interesses coletivos propriamente

ditos (*stricto sensu*) aqueles que dizem respeito a um grupo determinado ou pelo menos determinável de pessoas, ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária.

A definição legal atribui aos direitos coletivos a característica da indivisibilidade, assim como o faz com os interesses difusos, porém, aqueles se diferenciam destes pela determinabilidade dos sujeitos e pela sua origem.

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas se distinguem tanto pela origem da lesão como pela abrangência do grupo.

Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ligadas pela mesma relação jurídica básica (MAZZILLI, 2003, p. 50).

Nesse sentido, é possível dizer que é a prévia existência da relação jurídica que os identifica. A doutrina reconhece como característica do direito coletivo a anterior união entre os interessados, diferenciando-o sob esse aspecto do interesse individual homogêneo. O direito coletivo “é o direito síntese dos membros do grupo, e não o somatório de direitos individuais” (RODRIGUES, 2002, P. 49).

Podemos mencionar ainda, que os direitos coletivos *stricto sensu* são coletivos tanto na essência quanto na forma pela qual que serão exercidos.

Dentre as mais corriqueiras formas de expressão dos direitos coletivos podemos citar: a ilegalidade do aumento abusivo de mensalidades escolares e de planos de saúde, o dano causado a acionistas de uma mesma sociedade.

Vale lembrar que as mesmas situações que ensejam direitos coletivos podem originar lesões individuais, cuja defesa poderá ser feita na mesma demanda.

Ante o estudo realizado sobre os interesses difusos e coletivos propriamente ditos, seria, até certo ponto, possível definir os interesses individuais homogêneos por exclusão, utilizando-se de critério negativo.

Contudo, a opção de política legislativa pela inserção de direitos individuais dentre os chamados transindividuais, o que denota certa antinomia, merece algumas considerações.

Sobre ser direito coletivo em sentido lato, é na verdade direito subjetivo essencialmente individual. O tratamento coletivo se justifica quanto à prestação da tutela jurisdicional para a defesa desses interesses, haja vista a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

A legislação consumeirista (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único) define como direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum, mas a inclusão de origem comum como causa de identificação do direito não quer significar que possa haver ligação jurídica entre os titulares (como sói acontecer nos direitos coletivos).

Quis o legislador designar, sim, que a causa dos danos para os titulares do interesse é a mesma, sendo de certa forma, homogênea a origem e nesse aspecto mais se aproxima dos interesses difusos.

Cada titular do interesse é perfeitamente identificável e o objeto quantificável, vale dizer, a pretensão dos titulares é divisível entre os mesmos, o que torna possível a sua determinação na medida em que cada um deles exerça seu direito.

Enquanto a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* somente é possível sob a modalidade coletiva, nos direitos individuais homogêneos ela é facultativa.

Pode o interessado optar por defender o seu direito individualmente, ou beneficiar-se do resultado favorável de demanda coletiva (artigo 81 e ss. do Código de Defesa do Consumidor), nas quais serão tratados como se direitos essencialmente coletivos o fossem.

Dois aspectos são de grande relevância no estudo dos interesses difusos e coletivos, principalmente por marcarem a sua diferenciação quanto aos interesses individuais: o objeto litigioso e a coisa julgada.

É certo que a delimitação do objeto litigioso é feita por meio do pedido, que se desdobra em pedido imediato, consistente na providência jurisdicional solicitada, e pedido mediato, que se traduz no bem da vida pretendido pelo autor. É o pedido que dimensiona e identifica o objeto da ação (NEGRÃO, 2004, p. 35), de maneira que, a espécie de interesse que se pretende satisfazer é que definirá o objeto litigioso.

Tendo em vista as peculiaridades e a complexidade dos conflitos coletivos, é frequente a cumulação de pedidos, a imposição de multa pelo descumprimento da conduta imposta na sentença e, inclusive, em matéria de políticas públicas, pedido de inclusão de recursos em previsão orçamentária para cumprimento de obrigações de fazer, principalmente quando a Constituição impõe a aplicação anual de percentuais na saúde e na educação (LEONEL, 2013, p. 249)<sup>4</sup>.

4 Oportuna é a citação de ementa proferida em acórdão do Superior Tribunal de Justiça trazida pelo mesmo autor (2013, p. 250): “Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica

Em matéria de coisa julgada, considerando todos os aspectos dos direitos coletivos lato sensu nas suas diferentes formas de expressão empírica (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos), o Código de Defesa do Consumidor reestruturou o sistema quanto aos limites objetivos (ampliação do objeto) e limites subjetivos (incidência sobre os titulares que não são partes processuais).

Legítima a opção do legislador, visto que a extensão subjetiva se coaduna com o modelo da representação adequada, pois da mesma forma que se faz necessária a seleção de legitimados para a defesa em juízo de interesses cujos titulares são indetermináveis e o objeto indivisível, necessário também reconhecer que este legitimado terá exercido, representando o titulares dos direitos, suas garantias processuais do contraditório e ampla defesa, dentre outras.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 905):

O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permaneceram estranhos ao contraditório, se coaduna com elas a ideia de representação adequada dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo dos entes exponenciais. Não só porque se reconhece que o esquema representativo é o mais idôneo para assegurar aos interessados a melhor defesa judiciária; mas sobretudo porque a orientação dominante é francamente no sentido da compatibilidade entre o devido processo legal e as técnicas dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas.

Destarte, dispõe o artigo 103 da lei n.º 8078/90 em seus incisos que: se difusos os interesses, a sentença fará coisa julgada erga omnes; se coletivos, ultra partes, vale dizer, limitada ao grupo, categoria ou classe; caso a defesa incida sobre direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também é erga omnes, mas tão somente no caso de procedência do pedido, pois ao contrário não atingirá os titulares dos interesses individuais, que, querendo, poderão cada um deles, ajuizar suas ações.

Nesse sentido, observa-se que a extensão subjetiva do julgado é *secundum eventum litis*, uma vez que sua ocorrência depende do resultado do julgamento.

Em síntese, pode-se dizer que a eficácia da sentença na ação civil coletiva colima atingir todos os que estejam relacionados com a situação posta em juízo, através da ação civil coletiva; ademais, pela grandeza do bem jurídico perseguido, só haverá coisa julgada em duas hipóteses: a) quando da procedência da ação; b) quando restar ‘comprovada’ a inexistência de lesão ao bem jurídico, de que se dizia ter sido lesado; c) se não houver logrado comprovar a lesão ao bem jurídico, mas se o juiz vislumbrar a possibilidade de que possa existir prova (e assim, consigne o fato na sua sentença, ou dela deflua esse fundamento, inequivocamente), não há coisa julgada, podendo ser proposta a mesma ação, acompanhada de nova prova; d) mesmo no caso de improcedência da ação civil coletiva, sem ter sido por

---

para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas” (REsp 493811/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 15.03.2004, p. 236).

insuficiência de provas, só existe óbice à propositura de ação civil coletiva, pois o plano das ações individuais não é atingido pela eficácia dessa improcedência [...] (ALVIM, 2002, p. 456).

Portanto, quando o resultado da ação coletiva for favorável estende-se a todos os titulares do interesse atingidos pela lesão (ou ameaça de lesão) discutida no processo coletivo.

Importante mencionar, ainda, que ao permitir a ampliação subjetiva, o legislador cuidou de garantir expressamente a defesa mediante ação individual para ressarcimento dos danos sofridos em caso de improcedência do pedido.

Assim, se ajuizada ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneo, é preciso distinguir: se o pedido foi julgado procedente, todos os eventualmente lesados se beneficiarão do resultado do processo coletivo, nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor; se não foi acolhido o pedido, seja qual for o fundamento, todos os interessados que não intervieram no processo poderão discutir novamente os fatos, tudo em consonância ao princípio do devido processo legal.

Por sua vez, mas guardando estreita relação com que foi exposto até o momento, a ampliação do objeto do processo é verificada através da leitura e interpretação ao parágrafo 3º, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor.

Mencionada regra consiste no transporte *in utilibus* da coisa julgada que incide sobre a sentença proferida em Ação Civil Pública (na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.

Não há necessidade de sentença condenatória individual, portanto, e os lesados poderão imediatamente liquidar e executar a decisão coletiva, pois o dever de indenizar, implicitamente, integra o pedido, por disposição legal.

Destarte, se um dos legitimados ajuíza a ação coletiva para a defesa de interesses difusos e fundamenta seu pedido em ato lesivo aos direitos dos titulares desses interesses, eventual reconhecimento do dano na sentença coletiva aproveita às vítimas individualmente consideradas.

No tocante ao controle exercido em matéria de direitos sociais e políticas públicas, marcante é a utilização da Ação Civil Pública, instrumento de defesa dos chamados interesses ou direitos difusos e coletivos em sentido lato.

Notadamente pela atuação do Ministério Público, o instrumento da ação civil pública foi e continua sendo, em muitos casos, utilizado em face do próprio Estado, tendo como objeto justamente a discussão de uma série quase infinita de políticas públicas.

Por meio de ações civis públicas, discute-se a correção de comportamentos ou abstenções estatais nas áreas da saúde, da educação, do meio ambiente, do urbanismo, da proteção à pessoa portadora de deficiência, do consumidor.

Observe-se, portanto, que a ação civil pública, atuando como instrumento de tutela coletiva de direitos, acaba por funcionar também como instrumento de análise e controle sobre políticas públicas, especialmente aquelas voltadas ao atendimento/cumprimento dos direitos sociais dos cidadãos.

Um significativo benefício emerge de tal situação: em comparação ao processo individual, o processo coletivo normalmente acarreta uma imensa ampliação dos limites subjetivos da lide.

Em matéria de políticas públicas, esse aspecto é relevantíssimo, pois elimina ou ao menos mitiga o sério problema de isonomia que pode gerar um processo individual em relação a políticas públicas e/ou direitos sociais.

Nas ações de caráter coletivo, havendo a ampliação subjetiva da lide e, a depender da descrição e da pretensão contida na demanda (causa de pedir e pedido), é dado ao Juiz proferir decisões de caráter amplo, geral, eliminando-se, assim, a possibilidade de se privilegiar este ou aquele cidadão com determinada política, não ofertada aos demais.

Evidentemente a amplitude do julgado dependerá da formulação da causa de pedir e do pedido. Dependerá propriamente de tratar a causa de interesses difusos ou de interesses coletivos stricto sensu(art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

De qualquer forma, porém, é clara a ampliação ocorrida em relação aos processos individuais. Tal conclusão é confirmada pela redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e do (já mencionado) artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivos que instituem a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas.

A despeito da vantagem mencionada existente no processo coletivo em relação ao processo individual, persistem dificuldades no processo coletivo, quando se trata de se estabelecer controle sobre políticas públicas, mormente o óbice relativo à inadequação do modelo do processo judicial à análise e discussão estabelecida em todas as etapas de formulação e implementação de políticas públicas.

A judicialização de políticas públicas se legitimará, em última análise quando razoável a pretensão coletiva deduzida em juízo em face do Poder Público, seguindo os critérios de necessidade-adequação e proporcionalidade diante do respeito ao mínimo

existencial e da existência de disponibilidade financeira e orçamentária por parte do Estado para concretizar as prestações positivas que lhe são exigidas (LEONEL, 2013, p. 458).

## **A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO MEDIANTE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Não menos relevante é a influência do Poder Judiciário sobre políticas públicas quando se encontra no exercício da chamada jurisdição constitucional.

A noção de jurisdição constitucional tem íntima relação com o assim nomeado escopo jurídico da própria função jurisdicional, qual seja, o intuito de fazer atuar o direito objetivo, de fazer valer o ordenamento jurídico.

Se é atribuída ao Judiciário a tarefa de reafirmar a autoridade do direito objetivo, a fortiori é confiada a ele o dever de zelar pela autoridade da Constituição Federal, em um regime de supremacia da Constituição.

Assim, é por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário aplica a Constituição, diretamente ou por meio de exercícios interpretativos que acabam por orientar ou até mesmo afastar a aplicação de outros textos normativos.

Agindo dessa forma, é possível e até frequente que o órgão julgador interfira em políticas públicas, pelo simples reconhecimento de direitos constitucionais, pelo prestígio conferido a determinada interpretação jurídica, pela vedação de determinada possibilidade interpretativa ou ainda pela declaração de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) de determinado dispositivo normativo.

Para Edinilson Donisete Machado (2012, p. 128) as opções para a realização de políticas públicas submetem-se aos objetivos e fundamentos constitucionais autorizados (em concreto) e efetivados pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas controlados pelo Poder Judiciário, por força dos arranjos promovidos na seara democrática em garantia aos direitos fundamentais e em respeito ao princípio da supremacia da Constituição.

Maior interesse nos desperta neste momento o chamado controle concentrado de constitucionalidade, realizado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido da guarda da Constituição Federal.

O controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal nestes casos ocorre em processos chamados objetivos, porque não envolvem propriamente partes, sujeitos determinados, já que se referem tão somente à verificação de compatibilidade de atos

normativos em face da Constituição e não se destinam à tutela de direitos subjetivos concretos.

Também denominado de controle de constitucionalidade por ação direta ou via principal, “conquanto também seja jurisdicional”, representa exercício atípico dessa função, porque não há litígio ou situação concreta a ser solucionada. Seu objeto é o pronunciamento da própria lei, de maneira que a ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de elementos incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2011, p. 176).

Pois bem, nesse caso, é possível desde logo observar que as principais limitações existentes nos processos judiciais subjetivos em geral não ocorrem nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade.

Três aspectos devem ser anotados: o debate travado no processo pode ser livremente ampliado por meio da figura do *amicus curiae*; tratando-se de processo de direito estrito, o órgão julgador não encontra limites na causa de pedir descrita e; a decisão proferida produz efeitos *erga omnes*.

Esses três dados poderiam induzir à conclusão de que, dentre aquelas hipóteses em que pode vislumbrar a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, aquela ocorrida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade seria a hipótese que permitiria maiores possibilidades de adequação das medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso se afirma não em razão de se considerar este órgão julgador mais preparado ou sábio do que o Juiz singular ou do que outro Tribunal qualquer, mas em função do método vigente no processo objetivo, que propicia de fato a superação de óbices, especialmente os limites objetivos e subjetivos da decisão no processo judicial.

No controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não poderá ser validamente aplicada e não mais produzirá efeitos jurídicos (BARROSO, 2011, p. 222).

Quanto ao aspecto subjetivo da decisão, “os limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade não são controvertidos: sua eficácia é contra todos” e, no caso do reconhecimento do vício, vincula todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011, p. 225).

Naturalmente, isso não torna o processo objetivo a esfera pública adequada à

formatação de políticas públicas, mas apenas mitiga ou reduz problemas que prejudicam seriamente as possibilidades de eficiência do controle judicial de políticas públicas.

No entanto, permanece a nosso ver, mesmo nos processos de controle concentrado de constitucionalidade e talvez nestes com maior significação, uma dificuldade intransponível ao julgador, qual seja a da limitação prática de sua decisão.

Na esfera do controle concentrado discutindo-se direito estrito, o Supremo Tribunal Federal apenas declara o direito, afirmando ou negando a compatibilidade de determinado ato em relação à Constituição.

Não determina, no entanto, quaisquer providências práticas aos demais poderes, com vistas ao cumprimento/adimplemento de direitos, já que em tal processo não se discutem direitos subjetivos.

Note-se, por isso, que, a despeito da primeira impressão surgida, também os processos de controle concentrado de constitucionalidade, objetivos, de discussão de direito estrito, apresentam séria deficiência quando pensados como instrumento de implementação de políticas públicas.

Mas o que não se pode negar é que o constitucionalismo trouxe um importante papel a ser desenvolvido pela jurisdição constitucional especialmente. É dizer, considerando a perspectiva de que a implementação de direitos sociais se traduz na validade da própria Constituição, unindo política e direito (STRECK, 2012, p. 82), o Poder Judiciário tem legitimidade para interferir, controlar e participar ativamente do processo de políticas públicas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A despeito de tudo que foi exposto acerca da utilização do processo judicial como mecanismo de controle de políticas públicas em matéria de direitos sociais, duas grandes questões se põem ao cabo da análise aqui realizada:

Se o Poder Judiciário determina e conforma políticas públicas, como se equacionam as questões que deveriam fazer parte da construção das políticas e que circunstancialmente não se submetem à apreciação judicial (por exemplo, a questão da eventual insuficiência orçamentária, a decisão político-administrativa de alocação de recursos, a necessidade de tratamento isonômico dos cidadãos – não propiciado especialmente quando o Judiciário resolve ações individuais)?

Se o Poder Judiciário pode intervir, como de fato intervém, nas políticas públicas e em outras diversas questões administrativas, quais os limites e o regramento de tal intervenção?

As duas questões mencionadas devem ser equacionadas, segundo entendemos, pela reta e parcimoniosa atuação do Juiz.

A primeira delas tem de ver mais intimamente com a questão relativa à prova.

As decisões em que se determina a formulação, execução ou correção de políticas públicas devem se fundar em prova segura e robusta, sob todos os aspectos.

O que se quer dizer é que: se o juiz declara a omissão estatal, deve haver segura prova nesse sentido; se determina a prestação de determinado tratamento médico, deve ter condições de reconhecer técnica e processualmente a mínima seriedade e eficiência do tratamento determinado; se reconhece a incorreção de determinada política pública, deve ter também sérios fundamentos probatórios que indiquem sua ineficiência.

Somente com a reta atuação do juiz em tais ações, especialmente na determinação e controle das provas produzidas, poder-se-á imaginar um resultado satisfatório em termos de tutela de direitos e não danoso no que se refere ao planejamento estatal.

Evidente que reflexos serão sentidos, especialmente no aspecto orçamentário. Incumbe, porém, ao Poder Executivo equacionar a questão orçamentária, tendo em conta as decisões judiciais que, por vezes, lhe ditam os rumos.

A segunda questão que se põe, não menos complexa, diz respeito aos limites que eventualmente se pretendem definir para a interferência judicial em matéria de políticas públicas, a fim de se evitar uma indevida e inconstitucional ingerência, que transforme o Juiz em um irresponsável substituto do administrador.

O problema posto, a nosso ver, não pode ter outra solução que não aquela que se obtém do próprio direito vigente. O limite dado ao juiz é o da razoável e possível interpretação do sistema constitucional brasileiro.

Impor limite aquém ou de maneira mais rígida equivaleria, a nosso ver, a afrontar a própria Constituição Federal, em especial o disposto no art. 5º, XXXV, que garante a consagrada inafastabilidade da jurisdição.

Mais do que uma questão estritamente jurídica, está-se diante de uma decisão de índole política: proceder a certa mitigação do dogma da lei posta, legislada, na medida em que se valoriza a proteção judicial de direitos fundamentais.

Afastar o sistema, ainda que a duras penas, do valor da segurança, para aproximá-lo o quanto possível do ideal de justiça.

Há que se ter, contudo, certa visão crítica que considere a possibilidade e até mesmo a ocorrência frequente de decisões e procedimentos qualitativamente inadequados no âmbito judicial. Há que se considerar todas as dificuldades que afligem o Judiciário brasileiro e o efeito prejudicial que trazem à sua eficiência.

A solução ou mitigação desses problemas deve passar pelo desenvolvimento do próprio direito processual e de uma teoria da jurisdição que considere e imponha a observância pelo Judiciário dos postulados normativos que devem nortear sua ação.

É imperativo, pois, que a jurisdição seja exercida e o processo desenvolvido, com estrita obediência aos postulados de razoabilidade, proporcionalidade, proteção à confiança, devido processo legal, impessoalidade, moralidade, ou seja, dos princípios que norteiam o modelo constitucional de processo.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: 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.

CIENA, Fabiana Polican. **O Poder do Judiciário na Efetivação do Direito Fundamental à Educação**. Argumenta. Jacarezinho, n. 10, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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: Quartier Latin, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas: Enfoque sobre a Legitimidade Ativa**. São Paulo: Leud, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Característica de Direito ou Interesse Difuso na Segurança Pública**. Argumenta, n. 5, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

# ATUAÇÃO DECISÓRIA JUDICIAL E RESPONSABILIDADE MORAL

Gilmara Aparecida Rosas TAKASSI<sup>1</sup>

José Eduardo Ribeiro BALERA<sup>2</sup>

## RESUMO

A pacificação social é uma busca histórica, em especial, pela intervenção do Estado e do Poder Judiciário. Diante deste cenário, o presente trabalho tem por objetivo compreender o espaço da atuação decisória do juiz e sua responsabilidade moral. A pesquisa desenvolve-se a partir de uma investigação filosófica e utiliza de autores como Herbert Hart e Ronald Dworkin, além de reflexões da doutrina jurídica como de Eduardo Cambi. Inicialmente, apresenta-se a ideia de obediência ao Estado e ao direito e o espaço discricionário reconhecido pelo positivismo jurídico. Posteriormente, analisa-se a ideia de interpretação, relação entre direito e moral e a ideia de responsabilidade na interpretação. Por último, examina-se elementos do neoconstitucionalismo e a efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação. Responsabilidade moral. Decisão Judicial.

## ABSTRACT

The social peace is a historical search, in particular by the intervention of the State and the Judiciary. In this scenario, this study aims to understand the scope of the operative role of the judge and his moral responsibility. The research develops from a philosophical inquiry, makes use of reflections of authors such as Herbert Hart and Ronald Dworkin and arguments of legal doctrine as presented by Eduardo Cambi. Initially, it presents the idea of obedience to the state and the law and the discretionary space recognized by legal positivism. Later, it analyzes the idea of interpretation, relation between law and morality and the idea of responsibility for interpreting. Finally, it examines neoconstitutionalism elements and the realization of rights for the performance of the Judiciary.

**KEY-WORDS:** Interpretation. moral responsibility. Judicial decision.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar o fenômeno da decisão judicial,

---

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Graduada em Direito pela UNICESUMAR - Universidade Centro de Ensino Superior de Maringá. Pós-graduação em Direito Material e Processual do Trabalho pela UNICESUMAR. Pós-graduação em Ensino à Distância pela FATEB. Juíza Leiga junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando nas Comarcas de Curiúva e Telêmaco Borba - PR. Docente junto Colegiado do Curso de Direito da FATEB - Faculdade de Telêmaco Borba desde o ano de 2008. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da FATEB e atua como advogada militante em causas cíveis.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Estadual de Londrina. Desenvolveu monitoria acadêmica na área de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional I, Direito Comercial e Direito Internacional Público na mesma instituição. Colaborador dos Projetos de Pesquisa "Habermas, Rawls e MacIntyre: um debate entre neo-kantianos e neo-aristotélicos", "Estudos Foucaultianos" e "Acesso à Justiça: a instrumentalidade do processo frente à Jurisdição". Tem experiência em direito público, direito do trabalho e filosofia política. Advogado.

partindo do questionamento acerca da obediência ao direito e levando em consideração a relação entre a interpretação e a margem de discricionariedade no processo decisório. Para tanto são estudados os aspectos filosóficos acerca da evolução do direito, partindo da passagem do estado de natureza a Sociedade Civil com direito positivo e concluindo com o estudo do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.

Nota-se no decorrer do trabalho que a atividade decisional jurisdicional é algo mais complexo do que o mero raciocínio conforme o silogismo, ou seja, a aplicação da norma requer interpretação e, por consequência, a delimitação das balizas em oposição à discricionariedade judicial. Nesta medida, demonstra-se também que a neutralidade buscada pelo positivismo não é alcançável.

Com o advento do neopositivismo, reaproximação entre direito e moral torna-se mais evidente, principalmente, no que tange às constituições modernas, à concretização de direitos fundamentais e a utilização de princípios jurídicos no processo decisório, o que reflete a imprescindibilidade de uma conduta moralmente responsável na interpretação e na aplicação do direito. É preciso considerar que neutralidade e segurança jurídica vistos de forma isolada não são sinônimos de justiça, ou seja, a ideia trazida historicamente pelo positivismo jurídico não é capaz de gerar a pacificação social almejada pelos cidadãos diante das constantes transformações das relações intersubjetivas.

Não há como se conceber que a figura do juiz, com toda sua pré-compreensão de existência e valores, profira decisões totalmente neutras. A ferramenta da linguagem e da argumentação jurídica possibilitam uma aplicação mais íntegra do direito, no sentido de entender a atuação decisória na qualidade de um processo criativo e mais abrangente.

O papel desempenhado pelo juiz na solução do caso concreto requer responsabilidade moral, não só de obediência à lei, mas de aproximação do direito com a sociedade e da manutenção da coerência sistêmica entre a sua decisão e as práticas jurídicas vigentes. Não se entende a abertura interpretativa como um poder em prol da livre decisão do magistrado, mas a imposição de um dever de adequada fundamentação, além de constituir-se enquanto instrumento favorável a coibir o subjetivismo ou a atuação institucional arbitrária.

## **A OBEEDIÊNCIA AO DIREITO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL DO JUIZ**

Historicamente, os pensadores da filosofia política e teóricos do direito têm buscado

diferentes respostas ao motivo pelo qual obedecemos ao direito, a necessidade social de solução dos conflitos por um terceiro imparcial e o seu espaço de apreciação. Hobbes, em *Leviathan*., explica a necessária passagem do estado de natureza à sociedade civil pelo contrato social, afinal, o estado de natureza é marcado pela luta de todos contra todos, pelos constantes riscos à sobrevivência e a vida do homem é “solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta” (HOBBS, 1979, p. 80). O contrato social é o pacto de transferência de parte dos direitos do homem a um soberano, “no sentido de abolir a guerra e a impunidade geral contra a violência” (BITTAR; ALMEIDA 2005, p. 236). É justamente com a celebração do pacto civil que se possibilita o exame de uma conduta como justa ou injusta, considerando o ordenamento jurídico existente - entendido a ideia do direito positivo -, bem como a garantia de que os pactos serão cumpridos.

Ainda na filosofia moderna, o pensador Locke aduz uma outra configuração acerca do surgimento do Estado e de sua atuação, inclusive, ela atividade jurisdicional. Para ele, o estado de natureza não se confunde com o Estado de Guerra, diferenciando-se de Hobbes, pois é possível a coexistência pacífica de indivíduos independentes no estado de natureza e o Estado Civil. Porém, reconhece que mesmo no estado de natureza as disputas e conflitos seriam inevitáveis, constituindo-se em verdadeiras inconveniências, afinal inexisteria um terceiro imparcial apto a solução dos conflitos.

Em *Second Treatise of Government*, como destaca Locke (2003, p. 105), não é adequado que o homem passe a atuar como juiz da própria causa, porque age parcialmente tendo em vista o amor que possui por si próprio e também por seus amigos, bem como outras paixões, como o desejo de vingança. Por estes motivos, atuaria de modo impróprio a conservação dos direitos e poderia, inclusive, conduzir a um longo percurso em prol da punição de terceiros e, por consequência, originando-se a confusão e desordem.

O Estado Civil é erigido para garantir a vigência e proteção dos direitos naturais que correriam grande perigo, no estado de natureza, por encontrarem-se totalmente desprotegidos. Assim, é a guerra e a desordem que ameaçam os homens e os motivam a formar as regras que constituem o modo de vida regido pelo Estado e pelas leis. (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 232)

Ou seja, ambos enfatizam o papel do Estado na tutela de direitos e na garantia de sua proteção em caso de conflito com terceiros. Com isso, a autotutela passa a dar espaço a atividade jurisdicional e, dentre suas características, o caráter substitutivo das decisões emanadas pelo aparato estatal. Mas surgiu a questão, afinal: o que seria o direito e o motivo pelo qual leva os indivíduos a obedecê-lo? Inúmeras são as respostas para tais

questionamentos, a tese mais conhecida é do convencionalismo defendida por autores do positivismo jurídico. Desta maneira, atrela-se a ideia de direito a fatos sociais. Define Ronald Porto Macedo Junior (2015, p. 132): “Segundo essa visão, o direito é um conjunto de regras sociais que funcionam como soluções para problemas de coordenação e cooperação social ou que têm o seu funcionamento dependente das práticas sociais convergentes, de onde extraem sua normatividade”.

Para John Austin, em *Lectures of Jurisprudence*, a obrigação jurídica é advinda da submissão habitual às ordens de um soberano e, caso seja descumprida, viabiliza-se a possibilidade de aplicação de uma sanção. O direito e a coerção estão diretamente relacionados, ou seja, a coercibilidade é a palavra de ordem para este pensador. Para ele, dever e comando são termos atrelados, afinal, o direito é expressão da vontade do soberano, seja um indivíduo ou um grupo. Caso não existam regras aplicáveis a casos inéditos, os juízes são considerados “habilitados” a criarem uma nova regra, podendo o soberano vir a confirmar ou anular esta nova imposição.

Para Herbert Hart, por outro lado, em *The Concept of law*, o direito é um sistema de regras, sejam primárias (definidoras de condutas omissivas, comissivas) e secundárias (de reconhecimento, alteração/modificação e adjudicação/julgamento). Há que se reconhecer, todavia, a impossibilidade de previsão de regras a todos os casos e marcada pela insuficiência da linguagem jurídica. Neste caso, Hart reconhece a textura aberta do direito, de modo que as autoridades administrativas e judiciais precisam ser decidir em prol da resolução das contendas, observando-se as circunstâncias e os interesses em conflito, isto é, situações em que atuar discricionariamente. Como destaca Herbert Hart (1994, p. 127, tradução livre).

A discricionariedade, portanto, deixada pela linguagem pode ser muito ampla; de modo que, se ele [a autoridade pública ou judicial] aplica a regra, a conclusão, mesmo que ela não possa ser arbitrária ou irracional, é a disposição de uma escolha. Ele escolhe pela inclusão de um novo caso em uma linha de casos por causa das semelhanças que possam ser defendidas, razoavelmente, tanto juridicamente relevante como suficientemente próxima. No caso das normas legais, os critérios de relevância e proximidade da semelhança dependem de muitos fatores complexos que funcionam através do sistema legal e sobre os objetivos ou propósitos que podem ser atribuídas à regra.

Para Hart (1994, p. 136), todo ordenamento jurídico deixa um grande espaço em aberto à atuação discricionária de tribunais e demais autoridades, para resolver incertezas de seus estatutos, além do desenvolvimento de qualificações únicas manifestadas pelos seus precedentes.

Todavia, existiriam inúmeros problemas nesta concepção, como entende Ronald

Dworkin na obra *Levando os Direitos Sérios*. Para ele, a sociedade complexa, plural e dinâmica, como é a sociedade contemporânea, não permite a identificação de um soberano como na teoria do direito de Austin, além do direito não se reduzir a mera coerção. Além disto, a atuação discricionária admitida pelo positivismo jurídico ocasiona uma aplicação retroativa de uma nova regra a um fato pretérito, além de que não garante a garantia de coerência e integridade do direito.

Para ele, o juiz não deve criar novas regras ou direitos, mas “descobrir” aquelas que estão em conformidade com o ordenamento, afinal, pela concepção de direito como integridade, a interpretação do direito deve alicerçar-se nas próprias práticas da sociedade e garantir a integridade tanto legislativa como no julgamento. Em *A Justiça de Toga*, Dworkin (2010, p. 205) defende que “o argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo [...]” Dworkin supera a tradicional discussão da correlação entre moral e direito, pois o positivismo jurídico de Hart, por exemplo, entendia direito e moral como esferas distintas. Todavia, é preciso uma análise mais cuidadosa sobre esta questão, afinal, o reconhecimento da proximidade da moral não seria favorável ao subjetivismo?

## **A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL, INTERPRETAÇÃO E OS RISCOS DO DECISIONISMO**

Ao trabalhar a distinção entre Direito e Moral, Miguel Reale toma como referência a bilateralidade atributiva e estabelece uma sistematização de critérios distintivos entre direito e moral, sob a ótica de três elementos, a saber: natureza do ato, forma e conteúdo. A Moral tem natureza bilateral e visa a intenção, não é heterônoma e nem é passível de coerção, não apresenta tipologia e visa o bem individual e os valores da pessoa; ao passo que o Direito tem natureza bilateral atributiva, se preocupa com a exteriorização do ato, pode ser heterônimo, é coercível, tipificável, visa o bem social e os valores de convivência (REALE, 2002, p. 711-712).

Ao longo da história, o direito avançou no sentido de deixar de reconhecer sua origem sobrenatural, por exemplo, em bases divinas, mas fundamentando-se em pressupostos da racionalidade. Mesmo autores contemporâneos, como Robert Nozick, inferem a existência de direitos naturais, por exemplo, da liberdade, a partir do substrato racional e, em muitas

vezes, de caráter antropocêntrico (no caso de Nozick, a liberdade negativa típica da concepção libertariana).

Todavia, não é possível desconsiderar o forte conteúdo axiológico das perspectivas do direito natural, ou seja, sua destinação a favor da proteção da vida, da liberdade e até mesmo da propriedade. Porém, surge a dúvida da viabilidade de utilizar-se de institutos tão vagos a fim de concretizar o direito material, afinal, os conceitos gerais como liberdade, por exemplo, podem ter interpretações diversas. É preciso reconhecer que, enquanto em outras épocas o compartilhamento de uma cosmovisão abrangente permitia a unidade, servia de critério de legitimação da ordem normativa e orientadora à solução de conflitos, a sociedade assumiu, pouco a pouco, a sua pluralidade e a necessidade de buscar novas bases epistemológicas de justificação do poder estatal. Destaca Habermas (2007, p. 135-136):

[...] a superação das guerras de religião e das querelas entre as confissões, que teve início nos tempos modernos, constitui um ponto de partida histórico; o Estado constitucional reagiu a esse fato neutralizando, de um lado, o exercício do poder, o qual se tornou independente de qualquer tipo de cosmovisão; de outro lado, ele abriu espaço para a autodeterminação democrática de cidadãos que passam a dispor de iguais direitos.

Assim, a partir de Augusto Comte, os teóricos almejavam tornar o direito uma ciência neutra com o objetivo de trazer segurança jurídica, com a ideia de que tudo poderia ser traduzido em leis escritas, ou seja, o direito seria capaz de prever todas as situações e relações jurídicas.

Ao descrever a identificação plena do direito com a lei, Eduardo Cambi salienta (2016, p. 101, itálico no original): “A codificação foi um germe do positivismo jurídico, baseado no princípio que o Código deveria ser o mais completo possível, para que fosse deixada ao intérprete a menor liberdade possível. Buscava-se elaborar um direito que fosse à prova de juízes”. Para o positivismo jurídico, não se deve confundir a avaliação do justo com o normativamente válido, afinal, direito e moral são esferas distintas e que não se confundem (ao menos para o positivismo jurídico exclusivista). Destaca Cambi (2016, p. 2016): “O positivismo jurídico separava o direito da moral, porque pregava a ideia de um direito neutro, isto é, incapaz de impor uma moral que pudesse ser justificada de maneira universal”.

Destaca-se ainda que os critérios de neutralidade e segurança jurídica propostos no positivismo parecem distantes de uma acepção de atuação jurisdicional efetiva e atenta a dinamicidade social, afinal, as leis não são capazes de prever todas as situações e relações

jurídicas, ainda mais quando estamos diante de um Estado democrático de direito, e de um Legislativo que não consegue acompanhar as transformações da sociedade, as mudanças culturais, econômicas e o cenário social como um todo.

A título de exemplo, basta resgatar o fato da legalidade não se constituir com sinônimo de justiça tendo em vista o histórico proveniente dos regimes do fascismo e do nazismo. Nestes momentos, em nome do cumprimento da lei, foram cometidas atrocidades foram cometidas. Logicamente que não pode atribuir-se tal cumprimento acrítico ao positivismo, mas a deturpação de seus pressupostos e que também afetaram a expectativa científica de tal viés teórico. Para Eduardo Cambi (2016, p. 169):

A decadência do positivismo jurídico está associada, historicamente, à derrocada dos regimes autoritários (fascismo e nazismo), para os quais o ordenamento jurídico deveria ser indiferente aos valores éticos, bastando a aplicação da lei em sentido formal, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo.

Essa neutralidade proposta no positivismo deixou de levar em consideração o fator humano da relação processual, principalmente na figura do juiz, ou seja, ignorou-se até mesmo a existência da pré-compreensão do intérprete na decisão judicial.

Ressalta-se, não se pode confundir o dispositivo legal e a norma, pois enquanto o dispositivo é a proposição ou enunciado normativa, a norma é produto da atividade interpretativa. Como defende Cambi, a interpretação é um processo criativo, não mera descrição de significados, mas de reconstrução do sentido.

Desta maneira, deve-se entender o processo de decisão na qualidade de uma construção argumentativa que inegavelmente passa pelo filtro da consciência e das pré-compreensões do intérprete, de modo que a defesa da neutralidade parece ser um tanto ilusória. Mas afinal, moral confunde-se com a pré-compreensão do intérprete?

Para Ronaldo Dworkin, é preciso distinguir ética, moral e direito. Ainda na obra *Justice for Hedgehogs*, o pensador norte-americano, os padrões ditados pela ética preconizam como os indivíduos devem viver e orientar-se, em termos mais gerais, indicam padrões de vida boa e bem viver. A moralidade, por outro lado, prescreve como os outros devem ser tratados, superando-se meramente o bem a ser perseguido pelas concepções éticas. Todavia, é necessário entender que a moral advém da ética. Para o pensador americano, o direito seria um ramo da moralidade política, porém esta não se confunde com a moralidade geral, apesar de decorrer dela. A moralidade política está relacionada aos valores políticos consagrados em determinada sociedade, ou seja, é mais restrita que a moral pessoal. Para Dworkin, é possível entender tal construção como a figura de uma árvore, de maneira que o direito é um ramo da

moralidade política e esta, por sua vez, é um ramo da moralidade geral.

Ao traduzir o direito e a moral em dimensão unissistemática, viabiliza-se a compreensão de sua natureza interpretativa ou o conceito doutrinário de direito. Diferente de outras áreas, como a científica, que trabalha com conceito criteriais, a área jurídica trabalha com conceito interpretativos. Conceitos criteriais, segundo Dworkin (2014, p. 241), podem ser entendidos da seguinte forma:

[...] temos o conceito em comum quando, e somendo quando, usamos os mesmos critérios para identificar seus casos particulares. As pessoas têm em comum o conceito de um triângulo equilátero, por exemplo – são triângulos equiláteros as figuras com três lados iguais – para identificar os espécimes. Os critérios de triângulo equilátero que temos em comum são precisos, mas o que temos em comum para aplicar outros conceitos criteriais nem sempre o são.

Os conceitos interpretativos (interpretive concepts), por sua vez, podem ser reconhecidos nas práticas sociais, porém sem concordância exata quanto ao seu caráter, identificando-se algum valor ou desvalor, por exemplo, os conceitos de igualdade, de liberdade, de democracia, de justiça, entre tantos outros.

Na compreensão dworkiniana, “a interpretação é um fenômeno social. Só podemos interpretar como interpretamos porque existem práticas ou tradições de interpretação às quais podemos nos unir” (DWORKIN, 2014, p. 198). Esta prática social, a interpretação, busca a verdade. A verdade, para o pensador norte-americano, não significa uma afirmação inabalável ou insuperável, como um paradigma científico, mas a suposição pelo intérprete que sua conclusão está bem fundamentada ou correta. Trata-se da ambivalência dos juízos morais, afinal, quando se afirma que algo é correto (alguma interpretação, juízo ou compreensão), pressupõe-se que as afirmações em contrário não o são. Inclusive, esta é uma crítica direta ao ceticismo, afinal:

[...] Em certas circunstâncias, o ceticismo pareceria não somente estranho como também escandaloso. Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão válidas quanto a sua. (DWORKIN, 2014, p. 191)

Logicamente, que afirmar a existência de uma única resposta aos casos difíceis (hard cases), ou seja, uma verdade, não significa que pela aplicação de métodos se chegará a mesma conclusão. Para Dworkin (2014, p. 194-195), a fenomenologia da interpretação deve ser entendida como uma prática argumentativa que almeja a verdade, porém esta enquanto sustentada pela sua correção e coerência. Afinal, os juízos interpretativos não podem ser independentemente verdadeiros, como no âmbito dos juízos decorrentes de um fenômeno

natural (isto é, são independentemente verdadeiros os juízos acerca do mundo físico e mental).

Como explica Stephen Gueste, para a teoria dworkiana, “a interpretação de práticas sociais é como a interpretação ‘artística’, que se interpreta o objeto – a obra de arte, criada por pessoas e separados delas”. Esse modo de interpretar é diferente do científico, em que se tem coisas não criadas pelas pessoas e também não se confunde com a interpretação ‘conversacional’, pois o objeto passa a ser o que as pessoas dizem.

Este fato leva a uma espécie de circularidade e torna patente a necessidade de compreender-se um outro conceito: a responsabilidade moral no processo interpretativo e, conseqüentemente, na atividade decisória judicial.

Embora o conceito de responsabilidade pode ser utilizado de diferentes maneiras, em sentido de virtude, relacional, intelectual, autorreflexiva, entre outras. Todavia, como salienta Dworkin (2014, p. 153), “somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente”. Assim, a atuação responsável é aquela que almeja alcançar a coerência e integridade.

A coerência não se confunde à consistência, denominada por Dworkin como *bare consistency*. Essa distinção é esclarecida também por Stephen Guest (2010 p. 46): “A consistência pura equivale meramente à ausência de contradição lógica entre duas formulações de direito. A coerência, em vez disso, deve ser considerada ‘em princípio’, isto é, deve ‘expressar uma visão única e abrangente da justiça’”. Ou seja, a coerência adere a relação lógica existente na consistência, mas também exige critérios ao delineamento do certo e errado, do justo e injusto. Esse conceito se torna importante a partir do momento em que se reconhece a natureza interpretativa do direito, mas isso não significa a total liberdade do julgador, da autoridade pública ou do operador do direito no processo de construção de sentido, pois interpretar não significa atender às compreensões subjetivas, arbitrariamente, em favor de seu conforto e expressado um subjetivismo ou decisionismo.

Julgar não é um poder, mas um dever de agir responsabilmente no processo de interpretação. Em outras palavras “empenhar-se deliberadamente para construir sistemas articulados de valores e princípios a partir de tendências, reações, ambições e tradições morais díspares, embora partilhados por muitos” (DWORKIN, 2014, p. 165), como atua o filósofo moral e também no âmbito da política.

Logo, quanto maior for a abertura interpretativa, maior será a responsabilidade do julgador em fundamentar e construir uma perspectiva interpretativa íntegra em termos sistêmicos. Por este motivo, o novo código de processo civil considera como não fundamentada a decisão que limita-se a indicar precedentes, súmulas, reproduzir texto normativo.

É verdade que os juristas continuarão a divergir quanto as conclusões e as respostas do direito, porém a responsabilidade moral deve ser enfrentada como um trabalho em constante andamento. Nas palavras do pensador norte-americano:

[...] é responsável aquele que aceita a integridade e a autenticidade moral como ideias apropriadas e empenha um esforço razoável para realiza-las. Esse esforço, em princípio, é indivíduo, não só porque as convicções iniciais de cada pessoa são um pouco diferentes das de todas as outras, mas também porque somente a pessoa que as tem como convicções estabelecidas é capaz de o julgar quanto são autênticas para si. (DWORKIN, 2014, p. 164)

Por este motivo também princípios não podem ser utilizados como carta mágicas ou instrumentos retóricos de justificação, como se observa na prática. A atuação decisória é uma prática exigente, sujeita a posterior exame pelo público, razão pelo qual sua expressão deve ser inteligível, caso contrário, será inútil e aleatória.

O agir responsável moralmente, ou seja, refletivo e comprometido argumentativamente não significa que sempre serão obtidas decisões melhores ou “mais corretas”. Afinal, poderia se obter uma decisão em igual sentido mesmo sem o exercício responsável na atividade interpretativa, todavia, a atuação responsável é rigorosa, imprescindível à própria ordem interpretativa do direito e estando ciente do caráter plural e incomensurável dos valores morais.

A teoria dworkiana tem um importante reflexo na forma em que se compreende o direito, a interpretação e a decisão judicial no interior do contexto contemporâneo, caracterizado por uma sociedade plural e com constantes demandas, especialmente, ao Estado e em buscado do reconhecimento. Assim, torna-se interessante compreender também outras propostas, como a trazida pelo neoconstitucionalismo e neoprocessualismo com a questão da efetivação dos direitos fundamentais, trazendo uma maior proximidade ao contexto pátrio do direito brasileiro.

## **O NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

Ultrapassados estes aportes acerca da separação do direito e da moral, passa-se ao

estudo do neoconstitucionalismo, em que a preocupação com o conteúdo das normas é percebida nas Constituições modernas, dentre elas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com suas diretrizes e princípios axiológicos, com destaque ao seu artigo 5º e seu extenso rol de direitos fundamentais.

Tais direitos fundamentais são tidos como intersecção entre o direito e a moral, pois incorporam valores morais que resgatam o direito natural e vencem esta tradicional dicotomia, buscando uma aplicação gradual baseada no consenso (CAMBI, 2016, p. 173). A participação ativa ganha destaque, o indivíduo passa a ser, cada vez mais, reconhecido como cidadão e não mero cliente da atividade estatal, a relação entre a política e o direito passa a ser mais estreita.

Em termos teóricos, mais do que práticos, a esfera pública também parece ganhar vitalidade, enquanto “rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997, p. 92).

Nesse compasso, o neoconstitucionalismo “[...] promove a reaproximação do direito com a moral, buscando a concretização dos valores partilhados por toda a comunidade, em certo momento e lugar, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento de poder” (CAMBI, 2016, p. 173).

Note-se que a legislação traz uma série de termos jurídicos abertos, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade, boa-fé, dentre outros que representam muitas vezes valores pessoais distintos e quer por sua vez permitem interpretações diversas, ou seja, o conteúdo da norma demonstra-se, em grande medida, de cunho axiológico e sua determinação depende do contexto histórico-social. Por essa razão, o direito deve ser objeto de deliberação compartilhada na sociedade e requer um agir comunicativo e não estratégico, que permita o desenvolvimento do construtivismo ético (CAMBI, 2016, p. 173).

Nesta medida, o Judiciário, que por muito tempo foi visto como mero legislador negativo, passa a tomar espaço diante das omissões legislativas. Os direitos sociais, muitas vezes vistos como normas programáticas que indicam finalidades a serem buscadas, também devem gozar de eficácia mínima, conforme §1º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, fato que exige, conforme destaca Cambi (2016), o delineamento de técnicas eficazes a concretização de direitos fundamentais e o incremento do desenvolvimento social.

Estas técnicas devem estar condizentes à ideia de responsabilidade moral da

autoridade pública, entendendo que a omissão do legislativo não deve inviabilizar a efetivação de direitos fundamentais, mas também não significa a abertura, por completo, do protagonismo do Judiciário, afinal, a superação dos poderes deve ser conservada e em consonância aos preceitos constitucionais. Os olhares à Constituição devem ser constantes e a motivação das decisões deve fazer recurso de seus preceitos, inclusive, para a adequada interpretação dos preceitos infraconstitucionais. Afinal, “As Constituições modernas desempenham função descarregante para o direito positivo, como subsistema da supercomplexa sociedade moderna, possibilitando o pluralismo jurídico” (CAMBI, 2016, p. 392).

A tarefa do jurista é solucionar o caso concreto levando em conta todo o ordenamento jurídico, leis, princípios, de forma que a atividade jurisdicional não fique atrelada apenas ao direito positivado, mas que guarde coerência com os demais elementos normativos sociais. Evidentemente, é imprescindível todo o cuidado com o “governo de juízes”, no sentido de não permitir que o Judiciário avoque para si o poder de criar e executar as leis.

Quando se fala na busca de solução ao caso concreto, não se pode permitir uma discricionariedade tendenciosa e parcial. A atividade interpretativa também é argumentativa no sentido de se buscar a efetivação dos direitos fundamentais através da revelação conteudista axiológica normativa, ou seja, cabe ao juiz na solução do caso concreto, buscar desvendar o sentido coerente e íntegro da norma, fazer do processo um instrumento de efetivação de justiça no sentido mais amplo.

Segundo Eduardo Cambi “Quando o Judiciário aplica na solução dos casos concretos princípios, os quais são dotados de sentido deontológico, a decisão judicial acaba se revestindo de conteúdos morais” (2016, p. 381). Sob essa ótica vale citar o exemplo trazido pelo mesmo autor, quando adverte que em uma ação de indenização por danos morais por discriminação racial, a decisão sobre o quantum indenizatório poderia sofrer influência em razão da raça do juiz que fixação o valor (2016, p. 159). Ao debruçar sobre esse caso é preciso levar em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Note-se que tais princípios revelam conteúdo axiológico e, por consequência, a decisão também será valorativa.

A utilização de princípios na solução do caso não significa abandono ao rigor da lei, mas representa um avanço teórico e prático no sentido de permitir decisões que atendam

melhor as demandas sociais e a realidade de determinada sociedade, pois os princípios, na qualidade de institutos jurídicos de significação mais aberta, permitem um processo reflexivo na definição de um juízo ponderado, embora este pode ser provisório em acordo com a sociedade e o momento histórico.

Toda a relação humana, inclusive a jurisdicional requer a aplicação dos jogos de linguagem, aqui me destaque a linguagem argumentativa do processo decisório. Vale destacar a lição de Rorty quando assevera sobre a contingência.

Richard Rorty revela o progresso intelectual e moral de acordo com a concepção de linguagem, onde linguagem e cultura formam a contingência. Ter significado é ter um lugar no jogo de linguagem e expressar algo fora a linguagem é o que os positivistas dizem que não é sujeito ao valor da verdade. Os positivistas entendem a linguagem como expressão da realidade, literalidade, configurada nos contornos do mundo físico; enquanto que os românticos vêem a mesma como algo místico, metafórico, do espírito, da consciência. Rorty vê a linguagem como meio e ferramenta para melhorias (1994, p. 36-43).

A linguagem, em meio ao processo, passa a ganhar notória relevância, inclusive, exigindo-se uma conduta mais responsável do julgador para a obtenção de sentido coerente ao sistema e garantidor de efetivação dos direitos fundamentais.

Talvez, a crítica emergente seria a inconveniência decorrente deste espaço interpretativo ao julgador, afinal, ele pode decidir-se primeiro e apenas buscar fundamentos que justifiquem a sua decisão. Estaria ele fugindo com a responsabilidade moral? Para Dworkin, em sua construção hipotética do juiz Hércules, a princípio esta conduta não seria a mais adequada, afinal, o seu juiz ideal atual de modo fantástico para a estruturação de uma concepção de direito concatenado e vigoroso. Por outro lado, os juízes mortais continuam a decidir de dentro para fora e complementa Dworkin (2010, p. 79):

[...] Raciocinamos de dentro para fora: começamos por problemas distintos que nos são impostos pela profissão, responsabilidade ou acaso, e o alcance de nossas indagações encontra-se rigorosamente limitado não apenas pelo tempo de que dispomos, mas também pelos argumentos que concebemos ou com os quais nos defrontamos. Um juiz que raciocina de dentro para fora raramente terá tempo ou necessidade de se dedicar a longas e trabalhosas pesquisas e argumentações. [...] Não há incoerência nessas duas imagens – a de Hércules refletindo de fora para dentro ou a do jurista mortal que raciocina de dentro para fora. [...] (DWORKIN, 2010, p. 79)

Não se trata propriamente de um problema, mas de uma limitação existente. É imprescindível um esforço pelo julgador em superar seus limites e, embora seja falível, deve buscar a melhor interpretação ao direito, mesmo nos casos difíceis.

Outros autores, como Perelman e Olbrechts-Tyteca (1971) não veem com maus olhos a conduta que primeiro decide e depois motiva, afinal, a ênfase deve ser dada a fundamentação. Surgiria a indagação: esta postura pela qual o juiz primeiro conclui o apropriado ao caso e posteriormente inclui a razão técnica significa que não houve qualquer deliberação prévia cuidadosa e apreciação dos argumentos contrapostos? A resposta de Perelman e Olbrechts-Tyteca (1971, p. 43, tradução livre) é: “De modo algum, pois os prós e contras podem ter sido sopesados com o máximo cuidado, ainda que não no quadro de considerações e técnicas jurídicas. As razões legais são arroladas apenas com o propósito de justificar a decisão perante o público”.

Realmente, fica evidente a tensão existente entre a motivação e a fundamentação. A visão dworkiana é favorável a uma aproximação pelo raciocínio do caso de fora para dentro, todavia, a colocação sincera de Perelman e Olbrechts-Tyteca reflete o cenário limitado da prática jurídica. De certo modo, exige-se o mínimo atingível frente as estruturas existentes, ou seja, uma fundamentação cognoscível ao público e passível de avaliação pelas partes e partícipes processuais, ou seja, o direito deve ser publicamente justificado.

A proposta de Eduardo Cambi (2016) vai além, a ciência jurídica deve passar a ser reflexiva, pois é preciso compreender a impossibilidade de neutralidade do sujeito e a inevitável caracterização do direito na qualidade de fenômeno cultural. Por esta concepção, é preciso de uma postura dos operadores do direito em prol da construção de práticas transformadoras, em que os sujeitos processuais e demais integrantes tenham ciência da atividade coordenada no sentido de concretizar as normas jurídica e garantir o potencial do direito na produção de conhecimentos válidos, além de usufruir da legitimidade social.

Todavia, o Judiciário deve estar consciente de seus próprios limites e não inferir incessantemente nas atividades do Executivo e do Legislativo com a alegação de agir para a promoção de direitos fundamentais. Muitas vezes, por exemplo, a decisão do Judiciário acerca de políticas públicas pode ser mais gravosa que a omissão dos outros poderes, afinal, nem se possui conhecimentos suficientes à avaliação do efetivo cenário envolvido, por exemplo, os limites orçamentários, prioridades e medidas já em andamento.

A superação do formalismo, adoção de uma conduta ativa dos juízes e de uma roupagem ao constitucionalismo não garantem total liberdade ou preponderância a um dos poderes, como ao Judiciários. As construções principiológicas não servem ao atendimento do que o magistrado isoladamente entende como direito, mas impõe um dever superior de

motivação. Luigi Ferrajoli sintetiza um bom conceito ao constitucionalismo como teoria do direito. Entende o auto que se trata de “uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2012, p. 13).

As dificuldades estão no desvirtuamento das bases principialistas, pois o uso retórico pode servir a decisões voluntaristas e com alto grau de subjetivismo, em especial, pelo uso de cláusulas abertas e termos jurídico indeterminados. Assim, quanto maior for a vagacidade e obscuridade da linguagem, maior será a responsabilidade à construção argumentativa justificadora.

## **CONCLUSÃO**

Para concluir este trabalho, resgata-se o seguinte questionamento: Qual o espaço decisório do magistrado? As teorias contratualistas e o positivismo jurídico revelaram a importância do Estado no processo de pacificação social e solução das contendas. A atividade jurisdicional, muito mais que a mera aplicação do texto legal ou descrição de seu sentido, é expressão da confiança atribuída pelo cidadão à um terceiro – o Poder Judiciário -, ao menos com indícios de imparcialidade, para a obtenção da melhor resposta amparada pelo ordenamento jurídico.

O ineditismo fático não deve sustentar uma suposta abertura à discricionariedade, afinal, o direito é uno, um sistema composto por regras e princípios com o objetivo da segura decisão. Acreditar na atuação discricionária é admitir a aplicação retroativa de norma inexistente, até o momento, no ordenamento jurídico. Assim, revela-se a responsabilidade atribuída ao magistrado, ou seja, de descobrir por via interpretativa a decisão correta.

A correta decisão ou a verdade no direito não significa a equivalência dos juízos normativos aos juízos acerca de fenômenos naturais. Ao contrário, situação no âmbito dos juízos morais e perenemente controvertidos, logo, a correção está atrelada a ambivalência argumentativa e a imprescindível construção da fundamentação que melhor demonstre a coerência e integridade do direito. Hart já havia reconhecido a textura aberta do direito, porém Dworkin revelou o compromisso moral muitas vezes renegado na prática jurídica. A interpretação jurídica é um fenômeno social, sendo uma atividade criativa pela reconstrução do sentido da norma.

Como visto no decorrer do trabalho, a neutralidade suscitada pelo positivismo jurídico não levou em consideração o caráter humano do intérprete da norma, ou seja, que o magistrado assim como qualquer ser humano é dotado de pré-compreensões acerca dos temas mais variados e que possam vir a ser objeto de demandas judiciais, tais como os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com especial afinidade à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Julgar não é um poder, mas um dever de agir responsabilmente no processo de interpretação, desta forma, entende-se que quanto maior for a abertura interpretativa, maior será a obrigação do julgador em fundamentar em sentido inteligível e publicamente amparado.

É preciso solucionar o caso concreto partindo da realidade em que está inserido o ordenamento jurídico, ou seja, considerando o pluralismo, as questões socioeconômicas, culturais e a moral ligada ao próprio direito. Não se trata da moralidade geral, mas da moralidade política com seus valores constitucionalmente consagrados.

É justamente nesse sentido que o neoconstitucionalismo promove a aproximação do direito e da moral, como forma de efetivar os direitos fundamentais previstos nas Constituições e tendo como diretrizes os princípios, de forma a desvendar o sentido axiológico da norma. Neste ínterim, é preciso ressaltar o cuidado com o chamado “governo de juízes”, afinal, não é apropriado que o Judiciário avoque para si o poder de criar e executar as leis. O exercício hermenêutico do magistrado não tem espaço para a discricionariedade e a conduta parcial, ou seja, aquela tendenciosa e subjetivista.

A atividade de construção da decisão judicial impõe a busca do juridicamente correto e não meramente consistente. Dar efetividade à norma jurídica é reconhecer a relação concatenada do ordenamento jurídico, sem negligenciar em relação às demandas individuais e coletivas e à dinamicidade da sociedade contemporânea.

## **REFERÊNCIAS**

AUSTIN, John. Lectures of Jurisprudence: or the philosophy of positive law. 4 edition, revised and edited by Robert Campbell. Vol. 1. London and Manchester: Sherratt & Hughes, 1911.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 28 mar. 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neopositivismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

\_\_\_\_\_. Justice for Hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. A Justiça de Toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam; DA ROSA, Alexandre Moraes; COPETTI NETO, Alfredo; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; CADEMARTORI, Sérgio. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13 – 56.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Entre Naturalismo e religião: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. trad. Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. The Concept of law. Second edition. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOBBS, Thomas. Leviathan: or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill. London: University Press, 1951.

\_\_\_\_\_. Leviaã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LOCKE, John. Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration. Edited and with an Introduction by Ian Shapiro. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. Second Treatise of Government. Edited, and with an Introduction, by C. B. Macpherson. Indianapolis, Indiana: Hackett Publishing Company, 1980.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual. Direito, Estado e Sociedade. n. 47, p. 128 a 155, jul/dez 2015. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/602/394>>. Acesso em 10 mar. 2016.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Cambridge: Blackwell, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. Translated by John Wilkinson and Purcell Weaver. Notre Dame, London: University of Notre Dame Press: 1971.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RORTY, Richard. *Contingencia, ironía y solidariedad*. Paidós Básica, 1994.

# DA PROPORCIONALIDADE À PONDERAÇÃO: A CISÃO ARGUMENTATIVA DE HABERMAS E ALEXY

Nicolas Dourado Galves ALVES  
Wellington Boigues Corbalan TEBAR<sup>1</sup>

## RESUMO

Dentro das espécies normativas, encontramos os postulados normativos, responsáveis por dirimir conflitos, apontando qual norma será utilizada num dado contexto fático, sendo, pois, de suma importância sua correta estruturação. Nesse sentido (estruturar), dois autores despontam em suas definições: Robert Alexy e Jürgen Habermas, aquele atribuindo um caráter matemático enquanto este uma definição mais interpretativa baseada no agir comunicativo. Ambos os trabalhos terminam por se excluírem, quando, na verdade, deveriam se completar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jürgen Habermas. Robert Alexy. Klaus Günther. Proporcionalidade. Ponderação.

## ABSTRACT

Within the normative species, we find the normative postulates, responsible for resolving conflicts, indicating which standard will be used in a given factual context, it is therefore very important the correct structure. In this sense (structure), two authors stand out in their definitions: Robert Alexy and Jürgen Habermas, that attributing a mathematical character as this a more interpretative definition based on communicative action. Both works end up being mutually exclusive, when in fact, should be complete.

**KEY-WORDS:** Jürgen Habermas. Robert Alexy. Klaus Günther. Proportionality. Weighting.

## INTRODUÇÃO

Dentro do ordenamento normativo encontramos diversas regras, que são divididas, basicamente, em três grandes grupos: regras princípios e postulados normativos. A diferença entre os dois primeiros é a abstração, aquele é mais específico, amoldando-se para casos concretos, já esse é aberto, transcrevendo estados ideais de ser. A última norma, no entanto, é objeto de grande discussão, pois, por ser o juiz das outras duas, merece, precisa, de uma ordenação segura e legítima para ser exercida.

---

1 Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (FIAET) de Presidente Prudente. Participou, na qualidade de conciliador, da Semana da Conciliação, evento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, com o apoio da Toledo Presidente Prudente, entre 29 de novembro e a 3 de dezembro de 2010, em Presidente Prudente/SP. Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador no Centro de Estudos em Direito do Mar "Vicente Marotta Rangel" da Universidade de São Paulo (CEDMAR-USP). Membro Associado Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMar).

De todos os postulados, o que desponta em aplicação é certamente a proporcionalidade, merecendo, destarte, precisão ainda maior. É nesse contexto que o presente trabalho é elaborado.

Em um primeiro momento, busca-se desmistificar o dogma que envolve a proporcionalidade, apartando-a do manto de princípio e revelando-a como postulado normativo que é para a moderna teoria da norma. Nessa toada, retira-se que, além de não ser princípio, também não é um fim em si mesma, sendo gênero de três submáximas.

Dentro das submáximas aclaradas, a continuidade do artigo concentra-se em uma proporcionalidade strictu sensu, que é a chama das discussões tratadas no trabalho, a começar por Robert Alexy, que importou para o Direito, literalmente, a lógica exata da matemática, com o objetivo de conferir mais segurança (uniformidade) e confiabilidade às decisões.

Na sequência, tratamos da ótica de Habermas (bem como aclaramos alguns preconceitos acerca de sua autoria), toda permeada de argumentação, resumindo-se à máxima exegese como garantia de justiça.

Terminamos, seguindo o critério dedutivo que orientou o trabalho, com uma reanálise da teoria interpretativa Dworkiniana, que, ao nosso ver, compreende, mutatis mutandis, a conjugação das teorias antecedentes.

## **NATUREZA DA PROPORCIONALIDADE**

O presente tópico visa nada mais que uma breve explanação sobre a a definição daquilo que se entende por norma e particularizar suas subdivisões na moderna teoria dos princípios, definindo, por conseguinte, a posição do "princípio" da proporcionalidade nesse sistema.

Todavia, em sede preliminar, acreditamos ser válida pequena discussão terminológica com o objetivo de aclarar o objeto desse trabalho: a diferença entre proporcionalidade e razoabilidade.

Em ambos os casos nos deparamos com um juízo moderador, equalizando a aplicação de duas normas conflitantes. O que muda é a amplitude de cada um, ou seja, seu grau de abstração (sendo a proporcionalidade mais específica que a razoabilidade<sup>2</sup>). Atesta a

---

2 “enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades” (Ávila, 2005, p. 102), ao passo que “... a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possuindo aplicabilidade irrestrita.” (Ávila, 2005, p. 113)

total separação entre razoabilidade e proporcionalidade Humberto Ávila, trazendo a ideia de que

“[...] a proporcionalidade deve ser aplicada em um exame abstrato da medida, ou seja, quando for procedida a análise entre bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais [...]. A razoabilidade, a seu turno, não seria idônea para aferir a relação entre meio e fim, mas com fundamento em uma circunstancia pessoal, concreta, envolvendo um sujeito determinado.” (Ferraz, 2009, p. 140.)

No entanto, não estaria sozinho ao dizer (e digo) que essa relação de abstração é consequência da relação gênero-espécie entre os dois; nas palavras de Di Pietro:

“Embora a lei 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo, constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.” (2005, p. 95.)

De um jeito ou de outro, a conclusão que se chega é a mesma: são conceitos imiscíveis, não devendo, de maneira alguma, serem confundidos, de modo que o objeto do presente trabalho está definido: a proporcionalidade enquanto meio de solução específico.

### **A Definição de Norma e Suas Subdivisões:**

O conceito de norma jurídica passou por diversas alterações historicamente, desde uma definição um tanto quanto imprecisa dos gregos até a atual acepção de gênero defendida por Humberto Ávila.

Tomando por base a última doutrina, norma é interpretação, a essência que se retira de um dispositivo<sup>3</sup>, estando ele grafado ou não<sup>4</sup>. Tal essência pode se dar de maneira restrita, vinculando-se a um fato que com ela subsumir, ou axiológica, guiando um estado ideal de coisas. Estas se intitulam princípios, enquanto aquelas receberam a alcunha de regras<sup>5</sup>.

Adotando-se um critério pautado na generalidade, tem-se que as normas-regra possuem uma generalidade mais restrita, inaplicável para casos diferentes dos quais foi criada<sup>6</sup>; daí a expressão de Dworkin "eficácia de trincheira", ou se aplica uma, ou nenhuma.

3 Tal essência criará um mandamento positivo ou negativo dotado de coercibilidade, generalidade e abstração.

4 Todavia, há que se asseverar que a simples existência de um texto, embora deste se possa retirar alguma exegese, não necessariamente leva a uma norma, v.g.: o preambulo (como já o decidiu o STF por ocasião da ADI 2.076). “E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.” (Ávila, 2005, p.23)

5 “Tanto lãs reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición.” (Alexy, 2002, p.83)

6 Não se busca aqui um estudo mais detalhado das normas-regra, visto que a qualificação destas em nada altera a cisão dos autores apontados, sendo mais importantes os conceitos de princípio e postulado normativo; entretanto, tem-se como melhor conceito atualmente o de Ávila (2005, p. 70): “[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência,

Para os casos de conflito entre várias normas, apenas uma subsistirá, havendo o exercício dos meios clássicos de revogação, como a *lex posteriori derogat lex priori*<sup>7</sup>.

Daí porque as normas-princípio, em sua gênese, faziam as vezes de bússola, guiando o entendimento para a norma que deveria ser utilizada<sup>8</sup>.

As normas-princípio podem ser entendidas como uma ordem (tanto de permissão quanto proibição) da qual se gerará um estado ideal de coisas a ser atingido pela especificidade das regras. Nas palavras de Alexy (2002, p. 86.):

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*.” (em itálico no original)

O conceito acima é parcialmente endossado por Ávila. Mesmo com as críticas endereçadas ao referido conceito, todavia, e com a devida vênia, a definição final de Ávila trata-se da junção desse conceito esmiuçado com as regras da ponderação (ao menos de sua estrutura interpretativa, tanto para Alexy quanto Dworkin), tratadas mais a frente neste trabalho.

Há, entretanto, uma terceira espécie de normas. esta sim é a grande novidade da Teoria dos princípios de Ávila, vez que a distinção que até agora tratamos não é nova (princípios e regras)<sup>9</sup>: os postulados normativos.

A questão da resolução das hipóteses de colisão de princípios forma o cerne deste trabalho, dada a gama de teorias que surgem para pacificar os critérios de julgamento. Mas, de antemão, já lhes digo que, dentro de nosso ordenamento, o meio mais popular, e curiosamente pouco conhecido, é o proposto por Alexy, que busca uma análise mais objetiva dos fatos, chegando a propor uma lógica matemática para a solução desse embate, mas este não é o assunto agora. por esta razão, deixo de esmiuçar o conteúdo aqui para me ater em tópico próprio.

Postulados normativos, ou metanormas, são "tira teimas". Sendo os princípios

---

para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da criação normativa e a construção conceitual dos fatos”.

7 Alexy (2002, p. 89) coloca duas possibilidades de resolução, uma expressa (com cláusulas dentro da própria lei), e outra hermenêutica. Entretanto, tal proposta é desnecessária, pois, no fim, quer dizer o mesmo que o nosso conceito de revogação em suas muitas espécies.

8 Na esteira deste pensamento encontramos Karl Larenz; mas é bem verdade que o critério por este utilizado não era o da generalidade, mas o “hipotético-condicional”. O critério de Larenz e a conclusão que dele deriva sofrem duras críticas modernamente, que atentam sua dependência linguística, imprecisão e relativa presunção de que os pronunciamentos legislativos seriam todos regras (Ávila, 2005, p. 32-34).

9 Como exalta Alexy (2002, p. 83) desde o início da segunda metade do século passado já nos foram apresentadas tais teses por numerosos doutrinadores.

designações de estados ideais de coisas a serem alcançados por determinada orientação, são aplicáveis a todos os casos, gerando verdadeira convivência conflitante entre si.

Em sentido contrário, os postulados normativos não possuem juízo de valor de per si, estando acima de qualquer convivência conflitante. Seu fim é conciliar. Não se discute, em absoluto, sua carga semântica (até porque, se assim ocorrer, estaria cruzando a fronteira das metanormas e assumindo a carga de princípio ou mesmo regra<sup>10</sup>). Dessa forma, não é o valor do postulado que se discute, e sim o postulado na discussão de valores, decidindo qual deles, por critérios próprios (amoldando-se perfeitamente ao caso concreto, tornando-o único e válido somente em casos análogos), deva ser utilizado.

Por fim, se analisarmos a estrutura morfológica das terminologias, teremos que (segundo o dicionário Houaiss) o prefixo "met(a)-" significa "entre" ou "no meio de", enquanto que "postulado" tem o sentido daquilo "que se considera como fato reconhecido e ponto de partida, implícito ou explícito, de uma argumentação". Portanto, postulado normativo é a espécie de norma que se coloca entre outras, sopesando quais delas devem ser adotadas para o deslinde do problema.

Assim, tem-se que norma é a interpretação de cunho mandamental (permissivo ou proibitivo) que se retira de determinado dispositivo com fins de criar ordens amoldáveis de caso em caso (regras), estados ideais a serem alcançados na medida do juridicamente e faticamente possível (princípios) ou dirimir conflitos e/ou colisões das espécies anteriores (postulados).

### **A Proporcionalidade Enquanto Postulado Normativo**

Tendo estabelecido a posição da proporcionalidade dentro do ordenamento normativo, o tema merece um estudo pormenorizado, perpassando sua evolução até chegar ao patamar atual.

#### ***Retrospecto histórico da proporcionalidade***

Numa retrospectiva histórica, vemos que o conceito de proporcionalidade se confunde com a própria ideia de justiça, sendo sinônimos em tempos remotos, como se extrai de Aristóteles (2005, p. 110.): "assim, o justo é o proporcional, e o injusto é o que viola a

---

<sup>10</sup> Tendo a definição de norma como a interpretação extraída de determinado dispositivo, interpretações diferentes podem acarretar, inevitavelmente, em categorias de normas diferentes, tal qual se observa no princípio da igualdade, manifestado ora em regra, ora em postulado.

proporção". A natureza conciliadora da proporcionalidade sempre existiu; todavia, com o avanço das eras foi ganhando densidade e profundidade teórica, sendo tal estudo de suma importância, especialmente no pós-Segunda Guerra, mais precisamente na década de 1970, quando, por influência de Dworkin, os princípios ganharam destaque essencial no ordenamento jurídico mundial<sup>11</sup>. Dessa maneira, pois, estudos mais detalhados desembocam em argumentos mais racionais, afastando a arbitrariedade de julgamentos tanto mais complexos quanto maior a incidência de colisões, culminando na lógica de que "quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar" (Alexy, 2008, p. 131.).

Tendo em vista esse paralelo histórico, a primeira grande conclusão que norteou o desenvolvimento do estudo foi justamente de Dworkin, que traçou pela primeira vez uma lógica tripartida de estudo dos casos de colisão. Para o jurista, a interpretação possui os momentos de pré-interpretação (onde se identificam os dogmas de determinada sociedade na qual incidem as normas interpretadas), interpretação propriamente dita (a conjugação dos dogmas no dispositivo interpretado, avalia-se a conveniência da norma frente as particularidades de cada sistema) e pós-interpretação (epifania, uma vez justificada a existência daquela norma naquele ordenamento, o intérprete realiza sua adequação fática, inserindo o conteúdo mandamental na prática da sociedade, de maneira que esta compreende sua justiça e, mais ainda, dar total efetividade a sua vontade, a norma. É a hermenêutica em seu sentido mais puro, a epifania do hermenêuta ligando sujeito e objeto).

Num segundo momento, e guiados pela lógica do autor supracitado, temos os parâmetros de Alexy e Habermas, cada qual explicando à sua maneira como se dá a terceira etapa em termos práticos (no julgamento).

Finalmente, neste breve panorama, temos as contribuições de Humberto Ávila, sendo as principais a instituição de uma nomenclatura, apartando-o definitivamente das demais normas, e classificando-o em duas espécies, tendo como parâmetro a presença ou não de elementos indicativos de sua atuação: específicos (possuem uma regra de agir, como a razoabilidade) e inespecíficos (não seguem um critério ou indicativo, ex.: a ponderação).

O chamado "princípio" da proporcionalidade é de fato um postulado, pois, quando da sua efetivação, o mesmo é separado em três etapas (como Dworkin faz ao extrair uma interpretação pura de determinada norma em determinada sociedade/comunidade), sendo a

---

11 As definições de Dworkin, acompanhado de outros teóricos, como Hanna Arendt no seu "A Banalização do Mal", desencadearam um flagrante enfraquecimento da lógica de subsunção e aplicação das regras (como era na Alemanha de Weimar), culminando, nos dias de hoje, numa já criticada superprodução de princípios, que ganharam, na lógica de Lenio Streck, a alcunha de "panprincipiologismo".

última fase um amalgama de duas espécies diferentes de postulado, atuando um como substrato do outro. Ao avaliar se uma norma (em sua grande maioria princípios) é de fato proporcional ou não, o julgador primeiro: atribui pesos aos elementos conflitantes e segundo: afere qual é o mais pesado.

### ***O atual modelo proporcional e suas fases interpretativas***

Como exarado no tópico anterior, no Brasil se adota, na prática<sup>12</sup>, o modelo alexyano de solução de colisões; tal meio, embora difundido, não é, na maioria das vezes, corretamente utilizado, haja vista que ou não se seguiram as fases necessárias para sua conclusão ou se seguiu, mas foi dispensado, em sua parte mais importante, certo grau de arbitrariedade, aquilo que justamente se objetiva afastar com um postulado (em especial os específicos, que formam parte do conceito adaptado para proporcionalidade).

A interpretação da proporcionalidade se estrutura em três momentos, na sequência: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação remete um sentido lógico, uma relação causa-efeito sem a qual não há que se falar sequer na apreciação da norma; "a pretensão de correção só é de interesse para o Direito, quando ela, necessariamente, está unida com o Direito" (Alexy, 2008, p. 20.).

Um meio é adequado quando, por seus efeitos, é capaz, por si, de gerar determinada finalidade. Quando confrontados dois princípios, e ambos estiverem aptos a resolver determinada questão, prevalecerá aquele de maior efetividade ao meio<sup>13</sup>, como o problema de uma fábrica despejar resíduos tóxicos em determinado parque ambiental: de um lado, propõe-se prender o dono da fábrica, e do outro forçar o dono da fábrica, sem destituí-lo, a criar uma rede de tratamento desses resíduos; de nada valeria revitalizar o parque a pura e simples prisão do dono da fábrica, já a segunda medida sim atenderia ao fim almejado, é a mais

---

12 Destaca-se, nesse ponto, os seguintes julgados do pretório excelso: RE 413782 – SC (no qual o Ministro Gilmar Mendes chega a efetuar o “teste da proporcionalidade”), ADIn MC 855 (sobre a pesagem de botijões de gás no estado do Paraná), ADIn 2290 MC (sobre a Medida Provisória que suspendia o registro de armas de fogo), ADIn MC 2317 (versando sobre a substituição de auditores independentes) e a ADC MC 9 (sobre a limitação de consumo de energia no governo FHC). Quanto a última Ação Direta de Constitucionalidade, cabe ressaltar a confusão de termos entre os próprios ministros do STF, como se exara no voto do Ministro Néri da Silveira: “sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”.

13 Mesmo Ávila não vislumbra uma definição final para um conceito de adequação, dado as grandes possibilidades de interpretação do conceito de eficácia, com vertentes de momento, generalidade e possibilidade de obtenção do fim almejado, chegando, no máximo, em uma definição heurística, ou seja, depende da análise de caso.

adequada, devendo esta prevalecer. Como o problema já foi resolvido na primeira etapa, não há razão para prosseguir na proporcionalidade, funcionando, assim, como um filtro para as demais etapas.

No infortúnio de não conseguirmos uma análise que se aproxime de um meio que seja melhor ou pior que o outro, chegando ambos, cada um com seus efeitos, no mesmo destino, progredimos para a segunda etapa, a necessidade.

Um meio é mais necessário que outro quando "prover igualmente o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados" (Ávila, 2012, p.192.).

Um exemplo: em um teste de paternidade movido por um pai contra outro que também alegava ser pai, pode-se chegar numa conclusão definitiva efetuanddo-se o teste de DNA em quaisquer das partes, mas seria menos constrangedor o teste ser realizado no autor (que moveu a ação) que no réu; dessa forma, realizar o teste de DNA no autor desta demanda é o meio menos invasivo contra a honra do réu, sendo este, pois, adotado no caso do conflito acima narrado.

Por fim, se de nenhuma maneira é possível vislumbrar qual dos meios invade menos um direito fundamental para atingir o mesmo resultado, será necessário um juízo valorativo, uma razoabilidade destinada a casos específicos, o cerne da discussão dos modernos autores da teoria da decisão judicial. Entra em cena o terceiro e último passo, a solução final, a proporcionalidade em sentido estrito.

## **A PONDERAÇÃO PARA ALEXY**

Antes de qualquer discussão, há que se definir duas peculiaridades que Alexy confere ao postulado da proporcionalidade. Em primeiro lugar, não é postulado; o autor, orientado por sua rigorosidade, classifica a proporcionalidade antes como regra que como postulado, estendendo o mesmo conceito às submáximas. Em segundo, a definição de princípios, embora entre em sintonia com as conclusões hoje aceitas por Ávila, são tratadas não como axiomas, mas como uma deontologia particular sua, negando, como se verá, mais a frente no trabalho, uma atuação extensiva da hermenêutica.

Dito isto, passemos à estrutura, nos mesmos moldes já estudados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido (r)estrito. As etapas dessa estrutura possuem cunho eliminatório (ou seja, conforme a primeira não for cumprida ou resolver a questão por si só, impede o avanço das demais). Superadas as duas primeiras, vem a derradeira: o uso

estrito da proporcionalidade, o que significa, para o autor, a aplicação da lógica da ponderação, que, por sua vez, divide-se em suas fases: descobrir a natureza da intervenção dos princípios em apreço e coloca-los na balança da justiça (sopesa-los). Com exceção das peculiaridades acima, o entendimento acerca da aplicação da adequação (no sentido de otimizar a atuação do princípio) e necessidade (aquele que menos afeta o indivíduo em seus direitos), não se diferencia muito do já apontado em linhas anteriores, não são dotados do rigor alexyano na sua apreciação; as subdivisões e rigor técnico atribuído à ponderação, todavia, merece destaque especial, sendo não só o ponto chave para entender a teoria de Alexy, mas também o que desperta mais equívocos e críticas sobre a mesma. Será este, pois, o objeto deste capítulo.

### **Estrutura da Ponderação**

De início, assevera-se (pela análise da "lei da ponderação" abaixo transcrita) que toda ponderação se resume em três pilares que formam sua base de interpretação: definir o grau de intervenção (insatisfação ou afetação) de um dos princípios, definir a importância da afetação (satisfação) do outro e realizar a ponderação em sentido específico (a fórmula peso, lembrando que a ponderação em si é a proporcionalidade em sentido estrito).

A proposta é simples: "cuanto mayor es el grado de la satisfacción o de afetación, de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 2002, p. 161.); todavia, seu desenvolvimento, apesar de lógico, exige atenção. Do contrário, como em uma operação matemática, o erro em qualquer das fases compromete todo conteúdo posterior, o resultado final de acolhimento ou não de determinado princípio.

Há duas fases na ponderação, sendo uma subsídio lógico da outra: a valoração dos princípios colidentes pelo grau de sua pretensão correccional e a aplicação da fórmula peso, quantificando o peso de cada um e determinando qual o mais "pesado" (vencedor).

A primeira fase corresponde em verificar o peso individual do princípio, ou "pesos abstratos", nas palavras do autor (é a consubstanciação dos dois primeiros basilares; adota-se, para tanto, uma "régua da lesividade", graduada na tríade: leve (l), médio (m) e grave (s).

Tendo Alexy adotado a "fórmula cociente"<sup>14</sup> como método da fórmula peso, os

---

14 Digo isso pois, em artigo publicado em 1990 intitulado "fundamentação jurídica, sistema e coerência", Alexy já alertava que para o mesmo brocardo da lei da ponderação poderiam brotar duas fórmulas: a cociente, por ele adotada (dada sua capacidade de ampliação) e a "fórmula diferença", que possuía como estrutura mais pormenorizada  $GPI, jC = IPiC - IPjC$ .

valores de l, m, e s serão, respectivamente, 1 (resultado de  $2^0$ , onde 2 é a ponderação média que se busca, não permitindo que nenhum princípio invada desnecessariamente a área de atuação do outro, e a potência é a gradação da intensidade; in casu, a intensidade é leve), 2 (sendo resultado de  $2^1$ , para a ponderação de intensidade média) e 4 (resultado de  $2^2$ , na intensidade grave). Estabelece-se aqui uma ponte entre a primeira e a segunda fase, já que a qualificação em valores numéricos determinará, por meio de uma divisão (daí fórmula "cociente"), um valor numérico, sintetizando, nele, o princípio que prevaleceu, ou as diligências a serem aprovadas. Na solução de Alexy para a colisão, a hermenêutica e a filosofia param aqui, sendo a análise da segunda fase totalmente objetiva, fazendo valer a responsabilidade político-jurídica do juiz.

Valorados os princípios (l,m e s) e substituídos por seus números correspondentes (1, 2 e 4), entra a segunda fase, que se divide em dois momentos, a fórmula cociente e a aplicação do resultado da fórmula cociente na fórmula peso.

A fórmula cociente é o núcleo de uma fórmula mais ampla; seu desenvolvimento gerará a fórmula peso em sua versão mais simples e, ao mesmo tempo, permitirá descobrir o peso final dos dois princípios pela divisão da intensidade de intervenção de cada um (o valor descoberto na primeira fase).

Assim, é a fórmula cociente:

$$G_{i,j} = I_i / I_j$$

### **As Fórmulas Peso**

A fórmula peso nasce na fórmula cociente, que é aonde nasce o peso final do princípio isolado, mas a discussão na fórmula derivada da cociente, a fórmula peso, será a mesma: a obtenção do peso final; contudo, será aqui a obtenção do peso final do princípio i ( $P_i$ ) no princípio j ( $P_j$ ).

Há, no entanto, três tipos de fórmulas peso na lógica de Alexy, sendo cada uma designada para casos próprios, tendo como critério discriminante a quantidade de princípios em cada polo do divisor e do dividendo. Assim, vislumbramos as três hipóteses:

a) Um princípio defendido contra um princípio contrário: nessa hipótese, seguimos a linha base, designando, segundo a lei da ponderação, para cada princípio, o grau de intensidade de sua intervenção ( $I$ , que no direito defendido corresponde à intervenção - da

necessidade de ocorrer - e no contrário de sua importância - a necessidade de se manter) multiplicado pelo peso final isolado de cada princípio ( $G$ , descobertos na fórmula cociente). O conjunto dessas categorias forma o peso concreto individual de cada princípio.

Dessa forma, surge a fórmula peso em sua versão mais simples:

$$G_{i,j} = I_i \cdot G_i / I_j \cdot G_j$$

b) Um princípio defendido contra vários contrários: aqui há mera "cumulação aditiva" (nos termos de Alexy) no divisor, repetindo-se a designação do peso concreto em cada princípio.

Temos a "fórmula peso ampliada":

$$G_{i,j-n} = I_i \cdot G_i / I_j \cdot G_j + \dots I_n \cdot G_n$$

c) Vários princípios defendidos contra vários princípios contrários: repetimos a cumulação aditiva do peso concreto de cada princípio, mas desta vez em ambos os polos da divisão, tendo como resultado a ampliação máxima da fórmula peso, garantindo sua aplicação em todos os casos envolvendo princípios (ou pela concepção de Alexy, que, como apontamos, distancia-se da de Ávila, tanto princípios quanto regras, porque é essa a natureza dos direitos fundamentais). É a "fórmula peso completamente ampliada":

$$G_{i-m, j-n} = I_i \cdot G_i + I_m \cdot G_m / I_j \cdot G_j + I_n \cdot G_n$$

Tendo alcançado o peso final de cada princípio e constituído o valor concreto de cada um<sup>15</sup>, basta numerar a quantidade de princípios e definir sua posição junto de cada princípio que guarde as mesmas características (v.g.: o princípio do devido processo legal é acompanhado, mesmo por ser corolário dele, do princípio da ampla defesa; assim, se alegados os dois numa mesma argumentação, ambos deverão somar-se contra eventual princípio que viesse a combatê-los numa mesma situação fática). A nomenclatura da fórmula e o menos importante, pois, como visto, a lógica é a mesma.

Inegável é a complexidade das fórmulas, que, apesar de torná-las completas (trazendo certo grau, pois, de indissociabilidade com a complexidade), não só desencoraja o

15 Para Alexy, para um valor ser verdadeiramente concreto, não basta a conjugação da intensidade e peso final; para representar estes valores com total fidedignidade deveria levar-se em consideração a argumentação das circunstâncias de cada caso (C) e a consequente e a segurança empírica da realização concreta destas circunstâncias (S). Levando em conta o verdadeiro significado do peso concreto, especificando a teoria com a prática, teríamos a seguinte formulação:  $IPiC \cdot GPiA \cdot SpiC$ . Tal formulação é a base da construção das novas fórmulas peso verdadeiramente concretas, aplicando a substituição e cumulação aditiva pelos critérios já especificados. Com isso, cumprimos a derradeira lei que, junto com a lei da ponderação (ou mesmo sua versão), orienta o assunto, a "lei da ponderação epistêmica": "quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção" (Alexy, 2009, p. 150).

estudo como também o torna mais confuso na medida em que se avança na matéria. Essa característica implícita das obras de Alexy inspirou inúmeras críticas, não apenas do cunho que inspira o presente trabalho, mas dentro de seus defensores, especialmente em solo pátrio.

Como exemplo cito George Marmelstein, que, embora se declare adepto das soluções do autor em apreço, critica fervorosamente a complexidade das fórmulas, oferecendo, até mesmo, uma versão muito mais palatável da mesma:

“Pegue dois princípios que estejam em colisão em um determinado caso concreto e coloque-os em lados opostos em uma balança. Inclua, no mesmo prato de cada princípio, todos os fatores que pesam em seu favor, tentando dar um peso específico para cada um deles. No final, a ponderação vai pender para o lado da balança que estiver mais embaixo, ou seja, para o lado mais pesado.

Esses fatores que influenciarão o resultado da atividade ponderativa correspondem, basicamente, a três aspectos pelo menos: (a) o peso abstrato de cada princípio, (b) a importância do cumprimento do princípio 'vencedor' e (c) a intensidade do prejuízo do 'princípio perdedor'. Daí a 'lei da ponderação' já mencionada: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Certamente a 'lei da ponderação', escrita numa linguagem não-matemática, é muito mais clara e convincente.”

As conclusões de Marmelstein, contudo, não são suficientes, como vimos, para expressar o correto entendimento da fórmula, especialmente nas questões relacionadas à configuração do peso concreto. Os argumentos por ele apresentados caberiam muito bem para um conceito detalhado de razoabilidade (o que tratamos de apartar, desde o início do trabalho, de qualquer ideia relacionada à proporcionalidade), ou, no máximo, uma análise rasteira da lei da ponderação. Em suma, não há como separar, para os que seguem Alexy, a ponderação da matemática.

### ***Os resultados ponderados***

Dependendo da atribuição feita na primeira fase, teremos a possibilidade de três resultados distintos: menores que 1 (situação em que o peso divisor foi maior, onde deverá ser considerado como "vencedor" o princípio contrário), maiores que 1 (onde o dividendo prevaleceu, qual seja, o princípio defendido) e iguais a 1, onde há o empate, todos possuem o mesmo peso, divisor e dividendo.

Na última situação, não haverá, obviamente, preponderância. "Com isso, existiria empate, o que significa, que uma proibição, ameaçada de pena, do comércio de produtos de cânabis cairia no espaço do dador de leis" (Alexy, 2008, p. 152.), ou sejam na seara do legislador.

## **A Influência da Argumentação Jurídica na Estrutura da Ponderação**

Embora se critique, como foi o caso de Marmelstein, não se pode alegar, como farão os teóricos cujos pontos de vista acerca da ponderação são tratados nesse trabalho, que a ponderação permite um julgamento subjetivo do julgador, atribuindo ele a posição que determinado princípio ocupa na "régua da lesividade". Na fase da ponderação em sentido específico não há que se falar em intervenção do solipsismo do julgador, é mero cálculo matemático, já na primeira fase, na atribuição de valores que sustenta a segunda, esse tema fica em aberto, gerando as críticas mais afrente abordadas.

Entretanto, já adianto que não há que se falar em julgamento que não permita a interpretação<sup>16</sup>, pois há nessa primeira fase a influência da argumentação jurídica desenvolvida pelo mesmo autor, cerceando a capacidade de intervenção de interesses pessoais na gradação lesiva.

No entanto, resta a pergunta: como a argumentação pode cercear o solipsismo da decisão? A resposta vem do próprio Alexy, em palestra proferida em sua última vinda ao Brasil (para receber o título de doutor honoris causa), dizendo, apud Trindade e Streck (2014): "os critérios de coerência poderiam ser ponderados".

Portanto, essa é a "hermenêutica contida" citada no início desse tópico; hermenêutica na capacidade de especular utilizando a argumentação jurídica, valendo-se de argumentos sócio-político-culturais, mas contida, pois mesmo a hermenêutica sofre com a objetivação da ponderação, como remédio para sanar as hipóteses de solipsismo.

### ***Como Alexy não se inspirou em Dworkin***

Não raro na doutrina, costumamos ver uma ligação indissociável entre as teorias da decisão judicial de Alexy e Dworkin, tendo aquele inspirado sua teoria neste. Pois bem, ligação há, mas são perfeitamente dissociáveis.

Confundimos estes dois conceitos pois ambos se pautam em tríades; entretanto, como evidenciado na parte em que tratamos sobre a fórmula peso, o aprofundamento teórico de Alexy com o objetivo de tornar a decisão judicial o mais objetiva possível, de modo a traçar uma fórmula para todas as decisões de colisão no Tribunal Federal Alemão (que é a aspiração de Alexy, como o mesmo exalta no seu "teoria de los derechos fundamentales"), é o

---

<sup>16</sup> Primeiro porque não adotamos nenhuma espécie de sistema tarifário de julgamento, segundo porque direito é linguagem, toda cheia de errâncias e simbolismos, de modo que é meio incompatível com o rigor dos cálculos.

que o diferencia de Dworkin, cuja teoria possui como marca principal o valor e a influência da moral na decisão do julgador, consubstanciando essa sim sua responsabilidade jurídico-política.

Talvez o início deste seja não só o modo como estruturou Alexy sua teoria, mas também o grande número de referências que traz na obra na qual apresentou a teoria. Mas todas as especulações caem por terra numa única frase de Dworkin (1999, p. 61.): "a interpretação da conversação é intencional, e não causal em algum sentido mais mecânico".

No próprio desenvolvimento que dá em sua teoria interpretativo, Dworkin já deixa transparecer a importância atribuída à intenção do autor e uma atuação inteiramente lógica e interpretativa do juiz, por mais que se pautem em critérios objetivos da sociedade para a qual decide, por mais que se pautem nas três fases de interpretação acima estudadas.

Portanto, é possível afirmar que Dworkin não é sinônimo de Alexy, mas também não é de Habermas, encontra-se, todavia, num meio termo.

## **A PONDERAÇÃO PARA HABERMAS**

A crítica dirigida a Alexy atribuída a Habermas, cabe ressaltar, não é propriamente dele. A teoria discursiva de Habermas, como originalmente posta, pertence antes à sociologia que a teoria da decisão judicial; coube a seu discípulo Klaus Günther precisá-la como possível solução no decidir do juiz, prezando pela hermenêutica como forma de legitimação. As proposições de Günther inspiraram o autor, que passou a adotá-las em sua teoria.

Compreendido isto, adentramos na análise dos pensamentos de Günther-Habermas e Alexy, ou, em outras palavras, no agir comunicativo enquanto solução dos hard cases.

Do ponto de vista da decisão judicial, a primeira ruptura clara entre os dois teóricos dá-se na divisão hermenêutica, para Klaus Günther, em dois discursos: os de aplicação e fundamentação, na medida em que cada um limitará a argumentação a ser utilizada na decisão para apenas um dos discursos.

O que fundamenta um discurso de fundamentação? A produção de normas adstritas a determinado território, que, devido sua generalidade, deve levar em consideração todos os interesses envolvidos e/ou atingidos<sup>17</sup>; essa é a origem do Princípio Universal (que deve, para Günther, nortear toda produção normativa). Assim, "o juízo de validade é o juízo sobre a fundamentação da norma, que é universal e comandado pelo princípio U" (Streck, 2011, p.

---

17 É criticado pelo próprio Habermas, o qual atesta sua impossibilidade.

127.).

Já o discurso de aplicação destina-se ao julgador, que aplicará a lei abstrata ao caso concreto. Tais discursos não são vinculados entre si, mas permitem variações, pois, num mesmo caso concreto, pode a justificativa (o interesse) que guiou a produção da norma ser distorcida, gerando outro interesse, devendo ser o último acolhido. É certo que, nos discursos de aplicação, tal conflito de interesse não é comum, sendo perfeitamente amoldáveis no conceito de *hard cases*, tendo como bom exemplo a colisão de princípio.

Eis o pico da discussão: quando o juiz se deparar com tais casos (que geram um conflito de interesses) valer-se-á da hermenêutica, da interpretação dos argumentos, e não de critérios objetivos matemáticos, pois é somente da primeira maneira que terá contato com o interesse válido, visto que o próprio agir é vertente da comunicação.

Resume Streck (2011, p. 121.): "o discurso de aplicação - jurisdição - afasta-se do discurso de fundamentação - legislação - em função das 'formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes'".

Esses dois discursos, distinguidos por Günther, compõe as formas de se expressar o agir comunicativo de Habermas:

“na *praxis* cotidiana não podemos usar a linguagem sem agir. A própria fala se realiza no modo de atos de fala que, por sua vez, estão engastados em contextos de interação e entrelaçados com ações instrumentais. Como atores, isto é, como sujeitos interagentes e interventores, já estamos em contato com as coisas sobre as quais podemos fazer enunciados.” (2004, p. 244.)

De certo modo, essa resolução do agir comunicativo, embora exija um esclarecimento geral do povo, seria de grande utilidade em terras brasileiras.

Na esteira das críticas sofridas pela fórmula da ponderação em *terrae brasilis*, Habermas, já em 1992, evidenciava a complexidade do desenvolvimento da fórmula peso como empecilho para o fim por ela almejado, abrindo brechas para um "deccisionismo voluntarista". Ou seja, ao invés de cercear o solipsismo do julgador, o estaria estimulando, retirando a legitimidade que a racionalização lhe confeiriu.

Tão séria é a questão que há casos aonde, de tão infundada, chega a ser jocosa a decisão judicial, num grau que inspirou teoria própria: a *Katchanga*<sup>18</sup>, mas este não é o assunto do presente texto.

Em outras palavras, o objetivismo teórico de Alexy antes atrapalhou sua aplicação

---

18 O primeiro a utilizar a expressão foi Lenio Streck, que significa nada mais que uma confusão na pronúncia da palavra “caxangá” por seu então professor Warat numa piada contada por este. Pela anedota, compreende-se que bastou alegar a presença de um valor maior, mesmo sem comprova-lo, para o personagem sair vencedor de um embate.

que propiciou uma efetiva melhora na teoria da decisão judicial (como é o exemplo tupiniquim), pois, com a desculpa por ser uma cálculo livre de maiores aprofundamentos hermenêuticos, os juízes adeptos, mas não assíduos, de seu estudo aplicam, considerando a objetividade e sopesando a primeira fase com seus próprios conceitos, já que não efetuam o confronto de interesses pela hermenêutica.

É justamente o propiciado uso indiscriminado de seu conteúdo e a falta de filosofia numa ciência social que gravita a crítica de Günther-Habermas.

### **A Resposta de Alexy**

Atento para a opinião contrária de seus conterrâneos, Alexy passou a ter como meta em seus mais recentes artigos refutar os argumentos dos autores acima expostos. Como principais respostas apresentadas aos críticos, estão definições pormenorizadas de sua fórmula.

Um em especial (não só pela atualidade) chama atenção: "ponderação, jurisdição constitucional e representação". Nesse artigo, Alexy coloca em pauta dois defeitos principais apontados pelos teóricos anteriores: a falta de critérios racionais para a fórmula (pois deixa de lado a hermenêutica) e a perda da categoria de correção ao ponderar (quando o juiz profere sua decisão, deixa de lado a discussão certo e errado suscitada pela inversão de interesses da lei e sua aplicação e privilegia questões puramente matemáticas).

Quanto a racionalidade, repete ele o argumento de que a racionalidade já existe no ponderar, justamente por suas regras de sopesamento de valores; já a perda da qualidade de correção não se justifica, para o mesmo, pela existência da primeira fase, onde há a valoração do grau de lesividade.

Embora não preste esclarecimentos maiores, tais observações com a menção direta a Habermas e Günther deve ter sua devida atenção, porque demonstra a dificuldade de manter num grau tão alto de abstração.

### **POR UMA FÓRMULA PESO MAIS HERMENÊUTICA**

Por todo exposto até aqui, ficam claras duas coisas: primeiro, que a fórmula alexyana do peso é a mais legítima para uma teoria segura da decisão judicial, porquanto traz, em sua racionalidade, a legitimidade que procura o juiz frente a sociedade; segundo, que aplicar a fórmula com tanta rigorosidade técnica, ao ponto de ponderar (numa espécie de "pré-

argumentação") até mesmo os argumentos a serem utilizados na primeira fase da ponderação, é um erro crasso, e erro mais crasso que este só pode ser atribuir - em terra brasileira - a responsabilidade de sanar o empate de princípios ao "dador de leis".

O juiz não pode deixar de apreciar o caso em concreto, em nenhuma de suas esferas, inclusive a da colisão. Diria: principalmente a da colisão. Cabe a ele, antes de todos, a interpretação e, com isso, a formulação de argumentos jurídicos sólidos e completos.

Entretanto, como poderia o julgador exercitar sua hermenêutica se até isso é sacrificado para o bem maior de garantir a imparcialidade, manifesta na legitimação absoluta de suas decisões? Não existe legitimidade absoluta quando se abre a possibilidade de passar a competência da decisão para outras esferas.

Por mais que Alexy tente tornar sua teoria viável em todos os aspectos, enquanto o Direito for uma ciência social - e o é - ordenando a vida em sociedade do homem (um animal, embora racional, igualmente mutável), necessária será a hermenêutica. Talvez não em uma visão habermasiana pura, mas numa visão alexyana mitigada, permitindo toda manifestação das possibilidades vivas do ordenamento na primeira fase da ponderação (a mais importante por sinal, que irá determinar o resultado final, o acolhimento ou não de determinado princípio, a efetiva prestação da tutela jurisdicional).

Nesse aspecto, de todos os métodos de solução de colisões, o que mais se aproxima de critérios de fato próprios para combatê-las é justamente Dworkin, mas a este falta a legitimidade que tanto preocupou Alexy quando na elaboração de suas fórmulas. Assim, Habermas e Alexy antes se completam que se repelem, basta oferecer um viés mais moderado de cada teoria e alocá-los no ambiente correto (no caso, a valoração do grau de violação de cada princípio). Dessa forma, é possível que perca legitimidade frente o ordenamento jurídico, mas ganha em termos de justiça ao humanizar a decisão do julgador, o que nos parece perfeitamente razoável.

## **CONCLUSÃO**

Dentro das três espécies normativas existentes, encontramos os postulados normativos, metanormas utilizadas para a solução de conflitos normativos, sobretudo princípios, dada sua generalidade imanente. Pelo fato de regular outros conflitos de forma específica, seu estudo e delimitação faz-se mais que necessário para a correta formulação de uma decisão jurídica sólida.

Quando da sua especificação, várias teorias surgiram ao longo do século passado, sendo as que mais despontaram em nível internacional foram a dos teóricos Alexy e Habermas, não só pela importância de seus criadores, mas principalmente pela profundidade de suas conclusões.

Alexy possui como viés principal o apelo matemático inserido na ponderação, admitindo pouca ou nenhuma hermenêutica do julgador, enquanto que para Habermas (apoiando-se em seu discípulo Günther) a hermenêutica é fundamental, quanto mais discussão melhor, pois estaria aglutinando o maior número de interesses possíveis, dando maior legitimidade na decisão (o discurso aplicação) e efetivando o Princípio Universal.

Alexy e Habermas representam, pois, dois extremos, cada qual a seu modo, mas talvez a melhor solução para um conflito fosse aplicar uma justiça aristotélica em ambos os conceitos (pois que extremos), ponderando-os, formando um todo não só seguro, como também eloquente, aproximando-se de Dworkin, mas com ele não se confundindo, pois teria um quê a mais de Alexy na ponderação última (escapando do solipsismo), sendo a primeira fase desta não mais cerceada aos intérpretes, que condensaram, em cada caso concreto os interesses em discussão.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOLLMANN, Vilian. Uma resposta à resposta à teoria da Katchanga. Disponível em: <file:///C:/Users/N%C3%8DCOLAS/Downloads/Katchanga.pdf>. Acesso em: 03/04/2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 03/04/2016.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e sua teoria sobre princípios e regras. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras](http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras). Acesso em: 03/04/2016.

MARMELSTEINS, George. Impostor intelectual? Análise Sokaliana da "fórmula peso" de Robert Alexy. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/06/16/impostor-intelectual-analise-sokaliana-da-%E2%80%9Cformula-peso%E2%80%9D-de-robert-alexey/>. Acesso em: 03/06/2016.

SILVEIRA, Néri da. Voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade com Medida Cautelar número 9. Publicado no DJ de 23/04/2004. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/932\\_ADC-MC\\_9.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/932_ADC-MC_9.pdf). Acesso em: 03/06/2016.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>. Acesso em: 03/04/2016.

# DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA POR INTERMÉDIO DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gelson Amaro de SOUZA<sup>1</sup>

Nayara Maria Silverio da Costa DALLEFI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar sobre a possibilidade da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica no Direito de Família, a partir da previsão legal em matéria processual no Novo Código de Processo Civil no artigo 133 e seguintes que tratam sobre o assunto. Isto porque, nas relações familiares principalmente quando relacionado aos alimentos ou revisional, muitas vezes deparamos com situações em que o alimentante alega não ter nada em seu nome, valendo muitas vezes da pessoa jurídica na qual é sócio para transferir seus bens, eximindo de suas obrigações. Nessa toada, também há aqueles que durante o matrimônio ou união estável, vale-se da pessoa jurídica para resguardar seus bens de uma futura dissolução e no Código anterior não havia nenhuma previsão para estes casos, causando uma insegurança jurídica para as partes prejudicadas. Com a previsão legal em matéria processual da desconsideração da personalidade jurídica assim como da desconsideração inversa da personalidade jurídica, vislumbra-se maior segurança jurídica nas relações familiares quando o assunto estiver voltado para a questão patrimonial. Para tanto, buscou-se a partir de uma pesquisa histórico-bibliográfica, utilizando o método dedutivo, elencar a questão da segurança e insegurança jurídica no Direito de Família, nas hipóteses acima, analisando seus reflexos na inserção no novo ordenamento processual da desconsideração inversa da personalidade jurídica como forma de almejar a concretização do princípio da segurança jurídica nas relações patrimoniais abrangidas pelo Direito de Família.

- 
- 1 Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Possui graduação em Educação pela Escola Superior de Educação da Alta Paulista. Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP. Mestrado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP e Doutorado em Direito das Relações Sociais (Área de Concentração em Direito Processual Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor concursado para os cursos de graduação e pós-graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade de Direito da UENP - Universidade Estadual Norte do Paraná (Campus de Jacarezinho-PR). Leciona também nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP. É advogado titular do escritório "Gelson Amaro de Souza Advogados Associados". Possui ampla experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Processual, atuando principalmente nos seguintes temas: Execução, Mandado de Segurança, Execução Fiscal, Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Processo Civil. Membro "Adherente" do Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP), concedido pelo "Secretario General" Francisco Pinochet Cantwell, após aprovação pela "Asamblea Plenaria" ([www.ipdpchile.cl](http://www.ipdpchile.cl)).
  - 2 Doutoranda em Direito Previdenciário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC; Mestre em Direito, pelo Programa de Estudo Pós Graduado em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM; Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL; Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP. Atualmente é advogada militante e professora universitária na FAPEPE de Presidente Prudente-SP e do Curso de Pós Graduação Infoc. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato), também na cidade de Presidente Prudente-SP. Membro do grupo de pesquisa CODIP do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM.

**PALAVRA-CHAVE:** Segurança Jurídica. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Novo Código de Processo Civil. Direito de Família.

## **ABSTRACT**

This paper aims to address the possibility of Reverse Disregard of Corporate Personality in Family Law from the legal provision on procedural matters in the New Code of Civil Procedure Article 133 and following that deal with the subject. This is because, in family relationships especially when related to food or revision often faced with situations in which the responsible claims not to have anything in his name, using often the legal entity in which he is a partner to transfer its assets, exempting its obligations. In this tune, there are those who during the marriage or common-law marriage, it is worth the legal entity to protect their property from a future dissolution and the previous Code there was no provision for such cases, causing legal uncertainty for the injured parties. With the legal provisions on procedural matters of piercing the corporate veil as well as the reverse piercing the corporate veil, sees a greater legal certainty in family relations when the subject is facing the equity issue. To this end, it sought from a historical and bibliographical research, using the deductive method, list the issue of security and legal uncertainty in Family Law, in the cases above, analyzing their effects on insertion into the new procedural law of inverse disregard of legal personality as a way to target the implementation of the principle of legal certainty in property relationships covered by family law.

**KEY-WORDS:** Legal Security. Reverse disregard of the Legal Personality. New Civil Procedure Code. Family right.

## **INTRODUÇÃO**

A busca da segurança jurídica, é almejada em todos os Estados Democráticos de Direito, seja de forma explícita ou implícita, elencando-se também no Brasil, com a necessidade de “exigência fundamental”<sup>3</sup>.

Tanto assim é verdade que os mais diversos ramos do direito valem-se do presente princípio para a concretização da justiça nas relações jurídicas, seja no Direito de Família, Processual Civil, Constitucional, etc., defendendo muitos autores a existência de um binômio justiça/segurança<sup>4-5</sup>.

O tema sobre a segurança jurídica, neste presente estudo, será analisado em dois ramos do direito, qual seja o Direito de Família e o Direito Processual Civil. Isto porque as relações familiares são delicadas em sua essência e quando relacionada a questões patrimoniais os ânimos ficam mais aflorados podendo ocorrer lesões de cunho financeiro em

---

3 THEODORO JUNIOR, Humberto. In: O processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim- “As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica” São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 246.

4 NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed. 2009, p.65.

5 Importante ressaltar que o presente trabalho não irá adentrar ao conceito de justiça

uma das partes do litígio.

Antes do vindouro código processual civil, só havia previsão sobre a desconsideração da personalidade jurídica no artigo 50 do Código Civil e no artigo 28 do CDC, ou seja, somente em matéria de direito material, nada a lei mencionando em direito processual assim como sobre a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Com o Código Processo Civil de 2015, esta matéria passa a ter cunho processual, proporcionando segurança jurídica nas relações familiares. Sabe-se que muitos alimentantes valem-se da pessoa jurídica da qual faz parte do quadro societário para transferir bens, com intuito de evitar um pagamento maior ou se beneficiar em eventual ação de revisional de alimentos, alegando não ter bens e condições financeiras para pagar determinado valor de pensão, transferência esta também verificada nas antes de realizar dissoluções matrimoniais ou de união estável.

Alguns doutrinadores já defendiam a possibilidade nestas hipóteses de verificar eventual fraude por meio da desconsideração da personalidade jurídica inversa, contudo, o assunto era muito novo e não havia respaldo legal, causando insegurança jurídica para a parte que não conseguia comprovar algum desvio, seja em relação à pensão alimentícia ou até mesmo nos casos de dissolução de matrimônio ou união estável.

Desta feita, verifica-se grande avanço no ordenamento processual civil vindouro em relação ao tema, principalmente se aplicado no âmbito das relações familiares, haverá a concretização do princípio da segurança jurídica, quando deparadas nas hipóteses acima mencionadas.

No caso em estudo, o presente trabalho, partindo de uma pesquisa histórico-bibliográfica, utilizando o método dedutivo, pretende demonstrar que aplicando o incidente de desconsideração da personalidade jurídica inversa, prevista no código de processo civil de 2015 nas relações familiares de cunho patrimonial, poderá proporcionar maior segurança jurídica para as partes, evitando fraudes e desvios patrimoniais.

## **PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

O estudo do princípio da segurança jurídica deve ser voltado sob o aspecto valorativo como norma-princípio. Primeiramente ao tratar do aspecto valor, deve levar em consideração o juízo axiológico do entendimento humano médio para verificar a realidade que vive

distinguindo aquilo que é bom ou não.

Por conseguinte, necessário pautar sobre norma-princípio, referindo-se os atos permissivos, proibitivos e obrigatórios para facilitar a previsão do ordenamento jurídico dos fatos praticados<sup>6</sup>.

A constituição brasileira de 1988 dispõe em seu preâmbulo acerca da segurança jurídica no sentido de valor social, com o intuito precípua de trazer segurança nas relações jurídicas. Nessa toada, é possível observar o mesmo tema ora como princípio, ora como regra, fundamentando o alegado em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>7</sup>.

Nesse diapasão, o conceito de segurança jurídica tem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e principalmente da isonomia, no sentido de quanto maior for a segurança jurídica, maior a igualdade nas relações jurídicas, principalmente no que diz respeito às decisões judiciais.

Sobre o assunto, assevera Ávila (2011, p.64):

A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser orientado para a ação futura, que procura, no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois o respeito a autonomia individual do homem. A insegurança jurídica prejudica, enfim, a vida dos cidadãos. Ela atua negativamente sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos, já que prejudica as decisões de longo prazo em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas. A mudança frequente da legislação afasta o investimento e impede ações de médio e de longos prazos necessárias a uma economia de mercado.

A possibilidade do cidadão de planejar o futuro a partir de um ordenamento jurídico mais isonômico, previsível e calculável, também tem estrita relação com a segurança jurídica.<sup>8</sup>

Outro aspecto a pontuar sobre este princípio é atinente à previsibilidade nas relações sociais, que segundo Humberto Theodoro Júnior é a segurança como condição de existência do próprio direito<sup>9</sup>.

---

6 Sobre esta classificação, Humberto Ávila também ressalta que a segurança jurídica poderá ser observada no caso concreto, isto é, no plano do fato, de modo que no “juízo de fato a respeito daquilo que se julga no plano da realidade”, a exemplo das decisões e qual seu real significado diante o caso concreto (Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.108-109).

7 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.64.

8 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 63.

9 (...) o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe. (THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição

Perlustrando em boas ideias, países europeus, tais como Portugal, Alemanha e França, tratam o princípio em tela como “exigência fundamental”<sup>10-11</sup>, efetivando outros princípios e principalmente na busca pela previsibilidade do cidadão quando puder confiar na norma vigente em seu país, gerando maior igualdade<sup>12-13</sup>.

A importância do tema segurança jurídica advém desde a antiguidade, tomando como exemplo o “Código de Hamurabi”<sup>14</sup> e mais adiante na Grécia Antiga, a partir da visão de mundo de Aristóteles<sup>15</sup> e mais tarde tomando como exemplo no Direito Romano, quando Paulo de Tarso, com fundamento na segurança jurídica, requer que seu julgamento seja condizente de um cidadão romano, tem em vista que a lei o assegura para tanto<sup>16</sup>.

Para o cidadão o princípio da segurança jurídica visa proteger seus interesses tutelados na Carta Magna, não restringindo em direitos individuais, mas também os coletivos e principalmente, conforme assevera Ávila: “o direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado”<sup>17</sup>.

Em contrapartida, analisando de forma contrária acima – subjetiva – a segurança jurídica em seu aspecto objetivo, está relacionada ao sentido da norma jurídica, adentrando na esfera semântica – da forma de revelar o seu real objetivo e sua forma de interpretá-lo<sup>18</sup>.

---

– coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 262).

10 Idem, p.246.

11 Embora presente em todos atos da vida dos cidadãos nas nações politicamente organizadas, a segurança jurídica também sofre reflexos eventuais ou temporários em sua eficácia nos atos concretos da sociedade. O fulcro da segurança jurídica que deve embasar todos os atos da vida civil encontra-se na Constituição Federal, baseados em dispositivos da maior relevância, entre os quais, da mais alta importância, a irretroatividade das leis, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Para que isso se configure de forma real na vida prática, é fundamental a ação do Poder Judiciário nos mais diversos níveis e instâncias. É a ele que o cidadão deve recorrer sempre que entender que seus direitos fundamentais estão sendo violados e esse recurso deve ser exercido de maneira a restabelecer esses princípios. Eis aí o caminho, a rota, a própria essência da segurança jurídica que deve embasar qualquer sociedade devidamente organizada. (CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.9).

12 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.66.

13 (...) ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos ónus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal. (SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997, p.42).

Justamente por não existir uma definição específica sobre o princípio da segurança jurídica, diante a amplitude do tema, o presente artigo, longe de esgotar o tema, visa abordar no sentido de proteger as relações familiares quando voltadas ao patrimônio eventualmente camuflado em nome da pessoa jurídica por parte do alimentante ou até mesmo em caso de dissolução de casamento ou união estável.

Garantindo as relações familiares, por intermédio da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme será explicado adiante, irá não só fazer justa este princípio tão importante em nosso direito, mas também aos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana, proporcionando um ordenamento jurídico com maior confiança, seguro e previsível<sup>19</sup>.

## **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge do emblemático caso inglês *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd* [(1897) AC 22], considerado o mais famoso case para o direito societário no que diz respeito à doutrina sobre a autonomia da pessoa jurídica.<sup>20</sup>

Trata-se de um case que em primeira instância decide no sentido de desconsiderar a

---

14 Cito o exemplo do “Código de Hamurabi” (um dos mais antigos conjuntos de leis escritas, elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C., na Mesopotâmia). Trata-se de um código notável avaliado pelo que dele sobrou, no que diz respeito a segurança jurídica do contrato e do patrimônio e com punições, inclusive, duríssimas. Punição à morte, por exemplo. A própria “teoria da imprevisão” nós a encontramos no “Código de Hamurabi”. Quando se diz que se, por acaso, o deus Acade desencadear uma seca e o arrendatário não puder pagar, ele não será obrigado a pagar ao seu arrendatário porque a seca não permitiu que ele produzisse, temos a teoria da imprevisão há quase quatro mil anos. Há, todavia, sempre uma relação entre o poder e o Estado, procurando o Estado regular o problema da pena de morte, o problema da repressão, mas, ao mesmo tempo, as relações entre as pessoas, mas nunca sendo objeto de regulação o poder imperial. (MARTINS, Ives Granda da Silva. *Visão histórica da Segurança Jurídica*. In: *Segurança Jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.100).

15 Aristóteles apresenta uma visão extremamente abrangente do conhecimento, praticamente todos os problemas da época e, principalmente, da espinha dorsal de nossos problemas. E isso vem alterar fundamentalmente o Direito no que tange à segurança. Quando os romanos, (...) verificamos que não foram originais em nada. (MARTINS, Ives Granda da Silva. *Visão histórica da Segurança Jurídica*. In: *Segurança Jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.101).

16 Quando Paulo (Paulo de Tarso – apóstolo de Cristo – 10/67) diz: “Eu sou um cidadão romano e não posso receber chibatadas”, o centurião que o prende diz: “Mas eu comprei minha cidadania com um alto preço”, o que vale dizer, ele, centurião, sabia da importância da proteção do direito romano. E quando Paulo disse, eu quero ser julgado em Roma porque sou cidadão romano, ele é enviado para Roma para ser julgado. Ele tinha o direito e o direito o garantia. (MARTINS, Ives Granda da Silva. *Visão histórica da Segurança Jurídica*. In: *Segurança Jurídica no Brasil*. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.101).

17 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 154.

18 *Idem*, p. 152.

personalidade jurídica de empresa<sup>21</sup> de Aron Salomon – proprietário próspero de uma fábrica de couros e sapatos – que no fim do século XIX constitui sociedade limitada incluindo seus filhos e esposa. Diante greves e crise política inglesa, não conseguiu vender seu estoque, entrando em declínio financeiro, pleiteando em juízo a liquidação da empresa<sup>22</sup>.

Nesse momento surge a problemática para analisar sobre quem recairia a responsabilidade diante a insolvência da empresa, sendo a primeira decisão no sentido de responsabilizar ao sócio Aron Salomon pelo pagamento já que abusou de seus privilégios, realizando inclusive grandes empréstimos.<sup>23</sup>

Após essa decisão grandes debates travaram-se sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para o fim de alcançar o patrimônio pessoal do sócio, diante abusos de seus privilégios na atividade empresarial. Tanto assim o é que no Reino Unido outros casos como de Joint Stock Companies Act de 1844 e a Limited Liability Act de 1855<sup>24</sup>, foram cruciais para o fortalecimento do surgimento desta teoria.

Já no Brasil, referida teoria ganha força a partir de Rolf Serick, em meados do século XX, com embasamento na doutrina da função social da propriedade. Nesse interim, Fábio Konder Comparato, defende que há “poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa

---

19 AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011, p.89.

20 Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015, p. 514.

21 Habitualmente, ele é citado como o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, embora apenas a primeira decisão e a decisão da Corte de Apelação tenham realmente sido nesse sentido. A decisão final – dada pela *House of Lords* – reverteu a decisão da Corte de Apelação e garantiu a autonomia da pessoa jurídica. (Idem).

22 Idem, p. 515.

23 As decisões iniciais consideram que era possível estender a responsabilidade para Aron Salomon, já que ele teria abusado dos privilégios da constituição da sociedade (autonomia da pessoa jurídica) e da responsabilidade limitada. A sociedade seria um “artifício para fraudar credores” e um mero *trustee* de Aron Salomon. Porém, a decisão final, proferida pela Câmara dos Lordes, foi unânime em defender a legalidade da constituição da sociedade por Aron Salomon, sendo ainda indiferente o fato de esse ter quase a totalidade do capital social sob seu domínio. Essa decisão sustentou firmemente a doutrina da personalidade jurídica e, principalmente, da responsabilidade limitada, tal como estabelecido na Lei das Sociedades inglesa de 1862. *A Aron Salomon Ltd.* Fora legalmente constituída, razão pela qual os credores de uma sociedade insolvente não poderiam processar os sócios por dívidas daquela por conta da limitação da responsabilidade dos sócios ao montante aportado na sociedade a título de integralização do capital. Assim, mais do que incentivar ou estabelecer critérios para a desconsideração da personalidade jurídica, o caso *Salomon v.A. Salomon Ltd.* reforçou a limitação de responsabilidade dos sócios. Essa parte da história é constantemente negligenciada em alguns livros jurídicos. Nota-se, assim, que o debate sobre a desconsideração da personalidade jurídica no caso inglês acima citado só se deu por conta da existência da limitação da responsabilidade. Existem várias outras evidências históricas de que a desconsideração da personalidade jurídica surgiu como técnica para sustentar episodicamente o privilégio da limitação da responsabilidade, e não a personalidade jurídica. A limitação da responsabilidade tem suas origens vinculadas a critérios de conveniência econômica, não tendo relação alguma com o tema personalidade jurídica. (Idem).

24 Idem, p. 516.

para a realização dos interesses coletivos”.<sup>25</sup>

Verifica-se que qualquer desvio de função da propriedade da empresa, gerando prejuízos ou lesão para titulares de direitos individuais ou coletivos, poderá valer da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como remédio da solução do litígio.

Sobre a ótica da função social, discorre sobre o tema Didier (2015, p.517-518):

O estudo da *desconsideração da personalidade jurídica* feito pela doutrina brasileira adota, portanto, a seguinte premissa: é indispensável a análise funcional do instituto da pessoa jurídica, à partir da análise também funcional do direito de propriedade, para que se possa compreender corretamente a *desconsideração*, que, em Teoria Geral do Direito, é *sanção* aplicada a ato ilícito (no caso, utilização abusiva da personalidade jurídica). Ainda segundo a doutrina brasileira, a teoria da desconsideração não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica – trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída. (...) Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade.

Em que pese ser de grande valia a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não devemos ater que seja regra geral e sim nos casos cabalmente demonstrados que houve abuso dos privilégios do sócio em desvirtuar bens da sociedade empresária em benefício próprio com intuito precípuo de fraudar obrigações.

Antes do Novo Código de Processo Civil de 2015, a desconsideração da personalidade jurídica<sup>26</sup> era somente matéria de direito material, presente no artigo 50 do Código Civil<sup>27</sup> e artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor<sup>28</sup>, sem previsão no

---

25 Idem, p. 517.

26 Não confundir com despersonalização, que é sanção de extinção da pessoa jurídica, que pode ser aplicada, por exemplo, quando se cria uma associação para fins ilícitos. (Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015, p. 513).

27 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Disponível em <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

28 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 provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Disponível em << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

ordenamento processual.

Segundo Marinoni, Arenhat e Mitidiero (2015, p.105-106), a desconsideração da personalidade jurídica, quanto direito material, além da presença no direito civil e no direito do consumidor, também pode ser analisado no âmbito do direito tributário, vejamos:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (art. 50 do CC). A desconsideração da personalidade jurídica depende, nesse caso, de requerimento da parte interessada ou do Ministério Público (art. 50 do CC). No direito do consumidor, será previsto que “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”, sendo que também será efetivada a desconsideração “quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (art. 28 do CDC). No direito tributário, prevê-se que os sócios, mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou presentantes de empresas têm responsabilidade tributária, desde que tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (art. 50 do CC). A desconsideração da personalidade jurídica depende, nesse caso, de requerimento da parte interessada ou do Ministério Público (art. 50 do CC). No direito do consumidor, será previsto que “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”, sendo que também será efetivada a desconsideração “quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (art. 28 do CDC). No direito tributário, prevê-se que os sócios, mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou presentantes de empresas têm responsabilidade tributária, desde que tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

A desconsideração da personalidade jurídica como matéria processual, surge no vindouro Código de Processo Civil de 2015, presentes nos artigos 133 e seguintes, como forma de incidente, considerada intervenção de terceiro, com a solicitação de que este terceiro entre na relação jurídica, com a finalidade de dirigir a responsabilidade patrimonial<sup>29</sup>.

Por tratar de incidente que pode ser pleiteado em qualquer fase processual, conforme

---

29 Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015, p. 514.

preleciona o artigo 133 do Novo Código de Processo Civil, pode ser requerido logo em petição inicial, para garantia do juízo, e nesta hipótese, não será realizado incidente, contrário quando for clamado nas demais fases processuais.

O fato de ser colocado na petição inicial já no pólo passivo o nome do sócio e da pessoa jurídica, o artigo 134, §2º NCPC, dispensa a condição incidental e proporciona maior segurança jurídica já no início da demanda.

Entretanto, caso não for pleiteado em exordial, por força do artigo 133 NCPC, poderá ser em qualquer momento da tramitação processual, não só pela parte, mas também pelo Ministério Público quando aprovar, devendo tal pedido atender seus pressupostos para caracterização em lei quando houver (art.133, §1º NCPC), podendo ser arguido em qualquer fase processual (art. 134 NCPC)<sup>30</sup>, não havendo previsão no novo ordenamento de que possa ser realizada ex officio pelo magistrado.

Também há menção sobre a possibilidade de valer-se da desconconsideração da personalidade jurídica no art. 932, inciso VI do CPC<sup>31</sup>, nas hipóteses de solicitação quando o processo estiver no tribunal, assim como no artigo 1.062<sup>32</sup> do mesmo códex, quando tratar de competência nos Juizados Especiais Cíveis.

Importante destacar, que nas hipóteses em que o pedido for realizado posterior a petição inicial, teremos a presença de litisconsórcio ulterior, pois haverá a inserção de novo sujeito processual, diante dos novos fatos atinentes a conduta ilícita que gerou referido pedido. Lembrando ainda que caso não comprovado referido pedido poderá haver a inépcia, prelecionada no artigo 330 §1º, I, NCPC.<sup>33</sup>

Nessa toada, o requerimento do pedido da desconconsideração da personalidade jurídica, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa oferece prazo de resposta de quinze dias, fundamentado no artigo 135 do código vindouro, sendo solucionado a questão por intermédio de decisão interlocutória, com a possibilidade de ser impugnada por intermédio do agravo de instrumento<sup>34</sup> e caso for decisão de relator, com a interposição de agravo interno<sup>35</sup>.

Portanto, verifica-se que a inserção da desconconsideração da personalidade jurídica

---

30 Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90).

como matéria de direito processual irá proporcionar maior segurança jurídica nas relações processuais, para o fim de evitar eventuais fraudes ou abusos de privilégios que possam beneficiar o sócio que usa deste artifício e evitando danos patrimoniais para aqueles possuidores do direito pleiteado.

## **DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A desconsideração da personalidade jurídica inversa, também é uma grande novidade no novo código processual civil, principalmente se analisado no âmbito das relações familiares<sup>36</sup>, conforme será visto no próximo item, escopo do presente trabalho.

Não havia até então previsão legal sobre o tema, mas a doutrina e as decisões já defendia o tema, nos casos em que fosse necessário atingir a pessoa física do ato lesionador/abusivo, para tanto, busca o patrimônio que foi transferido indevidamente para a pessoa jurídica.

A previsão deste novo instituto está no artigo 133, §2º NCPC<sup>37</sup>, podendo ser dirigido, no caso das relações familiares, em caso de revisional de alimentos para o alimentante que tentar esconder seus bens evitando qualquer tipo de aumento de pensão ou até mesmo nas ações de dissolução de matrimônio ou união estável, quando uma das partes esconde o patrimônio valendo-se da pessoa jurídica.

Nesse diapasão, conclui-se que a desconsideração inversa é com o escopo precípua de atingir a pessoa jurídica, que recebeu bens para mascarar a realidade da pessoa física do sócio, sob “a técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar bens no patrimônio da pessoa jurídica, por dívidas contraídas pelo sócio”<sup>38</sup>.

Assim como explicado no item anterior, nas hipóteses que houver a necessidade de recorrer a desconsideração da personalidade jurídica inversa, haverá o respeito ao princípio do

---

31 Art. 932. Incumbe ao relator: (...)VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal. (Idem, p. 440).

32 Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.(Idem, p.496).

33 Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015, p. 520.

34 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...)IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 471).

35 Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. (Idem, p. 90).

contraditório e ampla defesa, ponto defendido pela doutrina, principalmente por Marinoni, Arenhat, Mitidiero (2015, p.106):

“Em todos esses casos de desconsideração da personalidade jurídica, seja para possibilitar o alcance de bens do sócio por dívida da sociedade, seja para ensejar a constrição de bens da sociedade por dívida do sócio (desconsideração inversa da personalidade jurídica, art. 133 §2º), o terceiro só poderá ser alcançado pela eficácia da decisão judicial se regularmente desconsiderada a personalidade jurídica mediante incidente de desconsideração, de demanda contraditório específico e prova igualmente específica sobre a ocorrência dos pressupostos legais que autorizam. A única hipótese em que o terceiro pode ser alcançado *sem incidente específico* é aquela em que a desconsideração já vem desde logo requerida com a petição inicial, hipótese em que o sócio (desconsideração) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será desde logo citada (art. 134 §2º). Isso não quer dizer, porém, que o contraditório e a prova dos pressupostos legais da desconsideração estejam dispensados: de modo nenhum. Num e noutro caso é imprescindível o respeito ao direito ao contraditório e ao direito à prova do terceiro.

Em todos esses casos de desconsideração da personalidade jurídica, seja para possibilitar o alcance de bens do sócio por dívida da sociedade, seja para ensejar a constrição de bens da sociedade por dívida do sócio (desconsideração inversa da personalidade jurídica, art. 133 §2º), o terceiro só poderá ser alcançado pela eficácia da decisão judicial se regularmente desconsiderada a personalidade jurídica mediante incidente de desconsideração, de demanda contraditório específico e prova igualmente específica sobre a ocorrência dos pressupostos legais que autorizam. A única hipótese em que o terceiro pode ser alcançado sem incidente específico é aquela em que a desconsideração já vem desde logo requerida com a petição inicial, hipótese em que o sócio (desconsideração) ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será desde logo citada (art. 134 §2º). Isso não quer dizer, porém, que o contraditório e a prova dos pressupostos legais da desconsideração estejam dispensados: de modo nenhum. Num e noutro caso é imprescindível o respeito ao direito ao contraditório e ao direito à prova do terceiro.

---

36 Interessante figura é a denominada “desconsideração inversa”, situação em que o ato judicial atinge o patrimônio da própria pessoa jurídica para, assim, poder alcançar a pessoa física autora do ato abusivo. A sua aplicação se faz sentir, em especial, no Direito de Família, como bem observa o Prof. Rolf Madaleno: “Cuida-se da despersonalização inversa, que capta a autêntica realidade que se oculta atrás da personalidade societária, onde sócio e sociedade se associam no propósito de encobrir a obrigação alimentícia do devedor executado, olvidando-se ambos, que excedem o objetivo social e com afronta à ordem pública, elidem criminosamente o direito alimentar que busca assegurar a vida, como o mais importante de todos os direitos. (GAGLIANO, Pablo Stolze. Desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: << [http://www.unochapeco.edu.br/saa/correio/2014/09/1411754666755192/2014.1.lfg.partegeral\\_02\\_domicalio\\_atae\\_extinaaaao\\_pessoa\\_juradica.pdf](http://www.unochapeco.edu.br/saa/correio/2014/09/1411754666755192/2014.1.lfg.partegeral_02_domicalio_atae_extinaaaao_pessoa_juradica.pdf) >>. Acesso em 15 de fevereiro de 2016).

37 (...) § 2º-Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 90).

38 Didier, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015, p. 518.

Desta feita, a desconsideração inversa da personalidade jurídica, também concretiza o princípio da segurança jurídica, caso for devidamente comprovado o desvio patrimonial em nome da pessoa jurídica, evitando prejuízos para a parte que seria prejudicada com referido ato por parte da pessoa física do sócio.

### **A BUSCA DA SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL NO DIREITO DE FAMÍLIA DIANTE DA POSSIBILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA COMO MATÉRIA PROCESSUAL NO VINDOURO CÓDIGO.**

A busca pela solução de conflitos, fundamentado no princípio da segurança jurídica, fez os operadores do direito refletirem, principalmente, sobre o tratamento de alguns pontos antes presentes em discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como a desconsideração inversa da personalidade jurídica, tema já explicado acima.

Corroborando com o assunto, é de suma importância à relação da desconsideração inversa nas relações familiares, isto porque, a família é o alicerce da sociedade, necessitando da proteção do direito estatal, seja em que situação estiver sem distinção de qualquer pessoa do núcleo familiar.<sup>39</sup>

A inserção da desconsideração inversa no direito de família proporciona segurança jurídica no sentido de proteger principalmente o cônjuge ou o alimentado que em decorrência do abuso, muitas vezes ficava inerte ou sem amparo jurídico, em prol do bem estar de todos integrantes da relação processual<sup>40</sup>.

A Ministra Nancy Andrig no REsp nº1236916/RS, defende ser a desconsideração inversa como o “afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade (...) responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador ”<sup>41</sup>, decidindo brilhantemente no mesmo sentido no RESP

39 Por isso, não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo alicerce social da família brasileira. (ROSA, Gerson Faustino. CARVALHO, Gisele Mendes. O Novo Direito Penal das Famílias. 1ª ed. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015, p.33).

40 A família moderna visa coibir esses tipos de abusos e discriminação aos seus integrantes, zelando pelo bem estar e desenvolvimento de seus membros. Assim, a família deve ser vista como um todo que integra contextos mais vastos como a comunidade que se insere, uma vez que é esta, a família, um elemento fundamental da sociedade. (CAIXÊTA JR. Júlio Alves. A família latino-americana contemporânea. In:Jurisvox – Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. Ano 13 – nº13/ dezembro de 2012. Patos de Minas: UNIPAM, 2012, p.154).

41 DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. **DESCONSIDERAÇÃO INVERSA** DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02. 1.

nº948.117/MS, sob a necessidade de levantar o véu da empresa nos casos como o em tela, vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.(grifo nosso). Recurso especial não provido. (REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010).

Denota-se, que no Superior Tribunal de Justiça há decisões no sentido de autorizar a

---

Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a **desconsideração inversa** da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a **desconsideração** da personalidade jurídica desta. 3. A **desconsideração inversa** da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na **desconsideração** da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a **desconsideração inversa** da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a **desconsideração** só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=desconsideracao+inversa&b=ACOR&p=true&l=10&i=11>>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

desconsideração inversa nos casos voltados ao direito de família, desde antes do novo código processual civil, que corrobora com o assunto em âmbito de direito processual, assegurando o direito da parte eventualmente passível de lesão, podendo ser tanto na dissolução de matrimônio ou união estável, ou até mesmo em ações revisionais de alimentos, no sentido de impossibilitar quaisquer reajustes.

O desvio de bens, acarretando a própria confusão patrimonial, nos casos em tela, acaba levando prejuízo a outros sócios e administradores que de certo modo anuíram na transferência indevida do patrimônio financeiro ou bens, devendo todos ser responsabilizados caso houver ciência do abuso.

A partir do momento que houver a relação do princípio da desconsideração inversa da personalidade jurídica de forma ampla nas relações voltadas ao direito das famílias, poderá aumentar a segurança jurídica, principalmente em proteção àqueles que lesados foram em decorrência do desvio patrimonial da pessoa física em detrimento da pessoa jurídica.

Decisões voltadas nesse sentido, além de reafirmar o princípio da segurança jurídica, solucionando inúmeros processos que houver possíveis fraudes e desvios patrimoniais, tornará o ordenamento jurídico mais previsível e conseqüentemente oferecerá mais confiança aos jurisdicionados que buscam o aparelho Estatal para ter resolvidos seus conflitos de interesses, principalmente os relacionados a situações específicas do Direito de Família.

## **CONCLUSÃO**

A busca por um ordenamento previsível, justo e principalmente seguro é o ideal em um Estado Democrático de Direito. No trabalho em questão, referida concretização do princípio da segurança jurídica foi voltado para as relações familiares atingidas por fraudes patrimoniais por parte da pessoa física do sócio que utiliza a pessoa jurídica como depósito de seus bens, prejudicando a parte contrária que a eles também deveria ter acesso.

Conforme analisado, a desconsideração da personalidade jurídica surge no direito inglês a partir do caso da família Salomon, sem utilizados até nossos dias atuais. Entretanto, referido estudo no direito pátrio era restringido apenas ao direito material, como por exemplo, a previsão nos artigo 50 do Código Civil e do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa toada, a doutrina e algumas decisões acabaram sendo pioneiras na criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa, sendo caracterizada aquela em que a pessoa do sócio transfere seus bens em nome da pessoa jurídica para eximir futuras

responsabilidades.

Não bastasse esse descaso com a futura parte contrária, situações como estas começaram ser comum quando relacionado ao direito de família, tanto em dissoluções matrimoniais ou de união estável, assim como em relação ao alimentante e seu alimentado.

O Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo do vindouro Código de Processo Civil, começa a defender a presente teoria, garantindo a segurança jurídica da parte que eventualmente deparasse com esse tipo de lesão.

Com a promulgação do Código Processual Civil de 2015, a questão da desconsideração da personalidade jurídica, assim como da desconsideração da personalidade jurídica inversa, passe ter cunho processual, na modalidade de intervenção de terceiro, possibilitando agora que maior segurança jurídica, principalmente nas relações familiares deparadas com o caso em tela.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica inversa age como remédio necessário para buscar o patrimônio indevidamente transferido para a sociedade empresária, e caso em sua defesa os sócios e seus administradores não puderem provar o contrário, diante da proteção do princípio contraditório e ampla defesa, estaremos diante de uma confusão patrimonial e a parte supostamente lesada, deverá ter garantido seus direitos.

A família, base da sociedade não pode ser lesada e vítima de fraudes, sendo de suma importância o presente tema como matéria processual e principalmente a sua aplicabilidade no direito de família, vedando por fim qualquer abuso de direito, com intuídos fraudulentos que utiliza de meios indevidos para burlar o direito da parte contrária.

O fato de esgotar o patrimônio com intuito de afasta-lo de eventual partilha fere intimamente o princípio da segurança jurídica, gerando confusão patrimonial, que deve ser solucionado por meio do novo incidente processual da desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo que qualquer decisão em contrário, terá consequências irreversíveis, levando a insegurança jurídica nas relações voltadas ao caso em tela, relacionadas ao Direito de Família.

## **REFERÊNCIAS**

AVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011.

BRASIL. Código Civil. Disponível em

<<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

CAIXÊTA JR. Júlio Alves. A família latino-americana contemporânea. In: Jurisvox – Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. Ano 13 – nº13/ dezembro de 2012. Patos de Minas: UNIPAM, 2012

CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

DIDIER, Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze. Desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <<[http://www.unochapeco.edu.br/saa/correio/2014/09/1411754666755192/2014.1.lfg.partegeral\\_02\\_domicalio\\_atae\\_extinaaaao\\_pessoa\\_juradica.pdf](http://www.unochapeco.edu.br/saa/correio/2014/09/1411754666755192/2014.1.lfg.partegeral_02_domicalio_atae_extinaaaao_pessoa_juradica.pdf)>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

Marinoni, Luiz Guilherme. Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhat, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

NERY, Nelson Junior. Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed. 2009.

ROSA, Gerson Faustino. CARVALHO, Gisele Mendes. O Novo Direito Penal das Famílias. 1ª ed. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015.

SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

## **DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (EXEGESE DO ART. 489, § 1º, DO NCPC)**

Gustavo POMPÍLIO<sup>1</sup>  
Eduardo Augusto Salomão CAMBI

### **RESUMO**

Este trabalho teve por objetivo analisar o dever de motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, à luz do Novo Código de Processo Civil. O tema ganha relevância a partir do momento em que se discute qual seria a forma correta pela qual os magistrados deveriam fundamentar suas decisões. A fim de elucidar essas questões, o presente trabalho buscou, num primeiro momento, analisar o dever de motivação das decisões judiciais em seu contexto constitucional. Posteriormente, realizou-se ainda um estudo comparativo entre a proteção infraconstitucional que lhe fora conferida pelo Código de Processo Civil de 1973 e a novidades que foram trazidas pela Lei n. 13.105/2015. Ao final, chegou-se à conclusão de que o Novo Código de Processo Civil, ao conferir tratamento específico à questão, em seu artigo 489, §1º, construiu parâmetros objetivos ao dever de fundamentação das decisões judiciais, o que contribuiu para a maior efetividade da tutela jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dever de fundamentação das decisões judiciais. Novo Código de Processo Civil. Efetividade da tutela jurisdicional.

### **ABSTRACT**

This study aimed to analyze the duty of motivation of judicial decisions provided for in Article 93, IX of the Federal Constitution 1988, about of the New Civil Procedure Code. The theme becomes relevant from the moment we discussed what would be the correct way by which judges should motivate their decisions. In order to elucidate these issues, this study searched, at first, to analyze the duty of motivation of judicial decisions in its constitutional context. Later, was performed still a comparative study between the infraconstitutional protection that had been granted by the Civil Procedure Code of 1973 and the new features that were introduced by Law n. 13,105/2015. In the end, we came to the conclusion that the New Civil Procedure Code, by giving special treatment to the issue, in Article 489, §1º, built objective parameters to the duty to motivation of judicial decisions, which contributed to the greater effectiveness of jurisdictional protection.

---

1 Mestre em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - Campus Jacarezinho/PR. Foi Pesquisador-coordenador do Grupo de Pesquisa - Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo (Prof. Pós-Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi - 2014/2015). Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP e Professor de Direito Processual Civil na mesma instituição. Obteve o Diploma do Mérito Acadêmico, destacando-se como melhor aluno da LVI Turma de Direito do Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP. Procurador do Município de Araçatuba/SP.

**KEY-WORDS:** Duty to motivation of judicial decisions. New Civil Procedure Code. Effectiveness of jurisdictional protection.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem por escopo analisar o dever de fundamentação das decisões judiciais à luz do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Conforme se verá adiante, tal dever não constitui apenas um simples comando normativo ao qual o juiz está vinculado no exercício de suas funções, mas, sobretudo, caracteriza-se como verdadeiro direito fundamental do cidadão e, até mesmo, um meio de coibir decisões dotadas de arbitrariedade.

Apesar da natureza constitucional, diversas questões surgem no sentido de saber qual seria a forma correta pela qual o magistrado deva motivar suas decisões? Aliás, existiria uma forma correta? Ou, em outras palavras, como o juiz deve proceder ao proferir suas decisões?

A fim de elucidar essas indagações, o presente trabalho teve por objetivo, num primeiro momento, analisar o dever de motivação das decisões judiciais em seu contexto constitucional. Posteriormente, realizou-se ainda um estudo comparativo entre a proteção infraconstitucional que lhe fora conferida pelo Código de Processo Civil de 1973 e a novidades que foram trazidas pela Lei n. 13.105/2015.

Como proposta metodológica, fora efetuada uma análise bibliográfica/teórica com o levantamento de textos acerca do tema em livros, doutrinas, artigos científicos, etc. Examinou-se também o posicionamento dos tribunais pátrios, bem como a legislação pertinente.

Por fim, foi possível chegar à conclusão de que o Novo Código de Processo Civil, ao conferir tratamento específico à questão, em seu artigo 489, §1º, construiu parâmetros objetivos ao dever de fundamentação das decisões judiciais, o que pode conferir maior efetividade ao artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **Previsão constitucional do dever de fundamentação das decisões judiciais**

A preocupação com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais não é assunto recente. Desde o período colonial, o sistema pátrio tem acolhido essa garantia que, desde então, vem acompanhada da necessidade de serem públicas as decisões, a fim de

assegurar o devido processo legal.

À guisa de ilustração, nas Ordenações Filipinas, constava: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou a revogar” (PORTUGAL, 2016).

A partir desse referencial histórico, é que se seguiram as Constituições da República Federativa do Brasil, consagrando tal princípio, ainda que, em algumas oportunidades, de maneira implícita, mas sem nunca lhe negar a importância.

Atualmente, o artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, estabelece expressamente que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (BRASIL, 2016a).

Sob esse aspecto, tanto a publicidade quanto a fundamentação das decisões têm por propósito possibilitar o exercício de um controle efetivo sobre os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, evitando-se, assim, juízos arbitrários.

É certo que não se pode prever, de forma exaustiva no texto legal, todas as hipóteses realizáveis no plano fático. Em virtude disso, é inevitável que reste aos juízes, como intérpretes da lei, certa margem de discricionariedade ao subsumir determinado caso concreto à proposição normativa.

Entretanto, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 32-36), a discricionariedade, seja ela no âmbito administrativo ou judicial, de maneira alguma significa que estará o intérprete da lei legitimado a escolher, dentre as soluções possíveis, qualquer delas.

Assim, o artigo 489, §1º, do NCPC não poderia prever, expressamente, todas as hipóteses em que a decisão judicial não se considera fundamentada, por impossibilidade de fazê-lo diante da variabilidade de situações possíveis no plano dos fatos, devendo se extrair a melhor solução, isto é, a mais adequada às circunstâncias concretas, para satisfazer a finalidade do comando legal.

O juiz, ao decidir, não deve basear-se em suas convicções e sentimentos pessoais,

mas buscar, nos limites da hermenêutica jurídica, a solução que melhor atenda à finalidade da lei e aos princípios de Direito, para o julgamento do caso concreto.

Para poder aferir se a decisão do juiz se encontra em consonância com as normas e princípios previstos em nosso ordenamento jurídico e atende as dimensões do caso concreto, é preciso conferir a qualquer das partes a possibilidade de averiguar o caminho lógico construído pelo julgador. Dessa maneira, caso seja necessário, a parte terá meios para, em sede recursal, atacar os argumentos e desconstruir o silogismo que foi utilizado pelo magistrado para fundamentar a decisão judicial.

Tamanha é a relevância da correta fundamentação das decisões judiciais que ela deve ser concebida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>. Trata-se de uma garantia essencial ao cidadão. Nesse sentido, somente as decisões judiciais coerentes com critérios racionais, lógicos e jurídicos legitimam o exercício da jurisdição. Logo, a ausência de observância correta do dever constitucional de motivação das decisões judiciais macula o ato proferido pelo Poder Judiciário, tornando-o nulo de pleno direito (nulidade absoluta).

Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck (2013), ao comentarem o mencionado artigo 93, IX, da Constituição Federal, com precisão, asseveram que:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de sentire”, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência.

Portanto, o dever constitucional de fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário serve para proteger os cidadãos de decisionismos judiciais parciais e/ou arbitrários, com argumentações genéricas que visem encobrir motivos não amparados pelo ordenamento

---

2 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 403.

jurídico. É o próprio artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal que afirma serem nulas as decisões judiciais sem a correta fundamentação. Tal consequência decorre da necessária transparência que deve ser conferida às manifestações judiciais, sem o que restaria violada a garantia do devido processo legal.

### **Fundamentação das decisões judiciais à luz do CPC/73**

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73), em diversos artigos que o compunham, referia-se à necessidade de serem fundamentadas as decisões e explicitados os seus motivos.

O artigo 131 dispunha que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 2016b – grifos nossos).

Nesse sentido, o artigo 165 também determinava em sua parte final que “(...) as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Outro exemplo é o artigo 273, § 1º, o qual afirmava que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” ou seu § 4º dizendo que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Além disso, o artigo 458 previa quais seriam os requisitos da sentença e dispunha como parte deles, em seu inciso II, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (BRASIL, 2016b – grifos nossos).

A propósito, elencam-se todos esses dispositivos com a finalidade de demonstrar que a necessidade de fundamentação das decisões judiciais é uma constante e estava presente, conforme visto, em diversos artigos do CPC de 1973.

Entretanto, em que pese a aparição desse princípio por diversas vezes ao longo do CPC-73, o mesmo se limitou, em todas as oportunidades, a reafirmar a imposição do dever de fundamentar as decisões, não se prestando a delimitar o conceito de decisão fundamentada ou, ainda, a construir balizas que vinculassem o juiz no momento de elaborar sua argumentação.

Diante dessa lacuna, restou à doutrina a função de definir o que seria uma decisão motivada. Nelson Nery Junior (2002, p. 183) explicava:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o

convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

Ademais, Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck (2013) salientavam:

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice. A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93.

Cabe, ainda, mencionar Elpídio Donizetti (2014, p. 101), para quem:

[...] a motivação é considerada a parte mais importante da decisão. Nela, o juiz subsumirá os fatos em apreço às normas, fixando as bases sobre as quais se assentará o julgamento. É um procedimento silogístico por excelência, no qual o magistrado deve traçar as premissas maior (a norma) e menor (caso concreto) a fim de se chegar à conclusão. Como ato típico da função jurisdicional, o prolator da decisão deve demonstrar lógica, bom-senso e cultura jurídica, no intento de convencer as partes e a opinião pública acerca do acerto da decisão. Essa garantia constitucional, segundo Herval Sampaio Júnior, ‘é uma das mais importantes hodiernamente se pensarmos na acepção material, pois, quando os juízes têm a obrigação de motivar fática e juridicamente as suas decisões, o cidadão fica assegurado de que, pelo menos teoricamente, o seu direito será apreciado com mais vagar e cuidado, sendo possível, inclusive, a discordância em algumas situações’. A obrigatoriedade da motivação, portanto, preserva interesses públicos e particulares. De um lado, é essencial para que se possa aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a justiça de suas decisões e, de outro, é essencial às partes, para que elas conheçam as razões da decisão. A falta de motivação leva à nulidade

da decisão, a qual, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser arguida em qualquer instância.

Diante dessa breve análise conceitual, é possível perceber que a ideia de fundamentação das decisões judiciais pode ser entendida sob as mais diversas acepções, até porque o termo fundamentar evoca a ideia de fundamento, de motivo ou de razão, de explicação, de justificação e de demonstração (SILVA, 2013, p. 193).

De todo modo, vale registrar que a fundamentação costuma apresentar seus contornos quando de sua aplicação na hipótese concreta, ou seja, para cada tipo de decisão, dotada de suas peculiaridades, será necessário um tipo de motivação para demonstrar o raciocínio que fora desenvolvido.

Outrossim, ponto comum a todas as decisões é que, de uma forma ou de outra, elas devem ser justificadas e demonstrados os seus fundamentos. Deve o juiz evidenciar o porquê de se adequarem os fatos apresentados a determinado precedente jurisprudencial – seja ele vinculante ou não –, à certa regra ou princípio normativo ou a qualquer outro fundamento que tenha servido como razão de decidir.

Em outras palavras, não basta ao juiz realizar a subsunção do fato à hipótese legal, jurisprudencial ou apontar os princípios aplicáveis. É preciso que ele deixe claro os motivos pelos quais os fatos, as provas, os documentos apresentados e demais elementos do processo o levaram a decidir de tal forma.

### **O Novo Código de Processo Civil e as decisões consideradas “não-fundamentadas”**

A previsão constitucional e a construção doutrinária existente sobre o tema, pareciam, ao menos teoricamente, suficientes para regulamentar a aplicação de tal postulado e coibir decisões nitidamente parciais e arbitrárias. Contudo, quando a questão era analisada do ponto de vista prático, verificava-se a necessidade da criação de outros critérios normativos.

Embora a previsão, no texto constitucional, da necessidade de serem fundamentadas todas as decisões e o reforço desse imperativo que havia sido inserto nos dispositivos do CPC de 1973, a isso se somando uma diversidade de obras literárias a respeito do tema, muitos juízes, ao decidirem, acabavam se esquivando dessa responsabilidade por meio de fundamentações genéricas e imprecisas. Isto é, não demonstravam os reais motivos presentes no caso sub judice que o levaram a concluir pela resolução da causa de uma ou de outra forma.

O Novo Código de Processo Civil buscou restringir a margem de liberdade dos juízes, prevendo no artigo 489, § 1º, hipóteses exemplificativas em que revelam situações nas quais a decisão judicial não pode ser considerada fundamentada.

A fórmula eleita para tanto não foi definir e conceituar como deve ser motivada uma decisão, até porque isso seria impraticável ante a impossibilidade de se prever todas as situações realizáveis no plano dos fatos. Ao contrário, o legislador pátrio, utilizando um raciocínio inverso, optou por dispor sobre as hipóteses em que não seria possível considerar como fundamentadas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Assim, o artigo 489, § 1º<sup>3</sup>, do NCPC previu que qualquer decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão) não será considerada fundamentada em 06 (seis) situações: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com efeito, verifica-se que o legislador buscou maximizar ou ampliar semanticamente o dever constitucional da motivação das decisões (art. 93, inc. IX, CF).

Vale destacar que, no CPC de 1973, não existia previsão semelhante, restando ao juiz, na apreciação de cada caso concreto, definir o que era ou não uma decisão fundamentada.

Com a redação do artigo 489, § 1º, do NCPC restará ao Judiciário, todavia, a missão de estabelecer a fundamentação adequada em cada situação; porém, tal atividade será facilitada, com a previsão de regras pré-estabelecidas pelo próprio legislador infraconstitucional. Trata-se, pois, de uma regra estruturante, que irá balizar a conduta do magistrado no ato de produzir a decisão judicial (SILVA, 2013, p. 195).

No entanto, cumpre salientar o caráter meramente exemplificativo do rol

---

3 O NCPC também repete expressamente o preceito constitucional (artigo 93, IX) ao prever em seu artigo 11 que: “*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”.

estabelecido pelos incisos do § 1º do artigo 489 do NCPC.

No plano abstrato, só é possível ao legislador estabelecer alguns nortes a serem seguidos quando da fundamentação de alguma decisão judicial, mas pretender determinar, a priori, o que é uma decisão fundamentada, é tarefa irrealizável (SILVA, 2013, p. 196).

Assim sendo, o presente dispositivo deve sempre ser interpretado no sentido de conferir máxima efetividade ao dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, apresentando mecanismos que auxiliam a coibir atuações jurisdicionais maculadas por excessos e injustiças, muitas vezes acobertados pelo manto de decisões genéricas e imprecisas.

#### **2.4. Breve análise do artigo 489, § 1º, do NCPC**

Para possibilitar uma melhor compreensão do artigo 489, § 1º, do NCPC, realizar-se-á uma análise, bastante breve, dos incisos que o compõe.

Em seu primeiro inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (BRASIL, 2016c).

Tal dispositivo vem reforçar a ideia de que não é suficiente a mera subsunção do fato à norma; ou seja, não basta que o juiz indique apenas os fundamentos de direito que se aplicam ao caso sob julgamento, tendo esse a obrigação de ir além e explicitar os motivos fáticos que fazem com que determinado preceito legal seja passível de sustentar sua decisão.

Assim sendo, deverá o magistrado motivar a decisão demonstrando o raciocínio que percorreu para chegar à determinada conclusão. Portanto, caso o julgador decida se limitando a dizer, por exemplo, que “o autor tem razão com base no artigo x, da lei y”, colacionando o texto do mesmo, ou, ainda, parafraseando-o, essa decisão não poderá, nos termos do inciso I, ser considerada fundamentada.

É de se ressaltar a possibilidade de, na prática, ocorrerem situações em que, pelo conteúdo da controvérsia processual, a indicação ou reprodução de determinada regra jurídica seja suficiente para considerar devidamente fundamentada a decisão. Entretanto, deverá essa hipótese ser admitida em caráter excepcional, quando for claramente desnecessária a demonstração de demais motivos.

Em seu segundo inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o

motivo concreto de sua incidência no caso” (BRASIL, 2016c).

Buscou o legislador, com tal previsão, evitar decisões que tragam expressões do tipo: “com base no interesse público”, “com fundamento na moralidade”, “pela boa-fé do agente”, “visando o melhor interesse do incapaz”, entre outras, que não demonstram, contudo, como tais conceitos abstratos ganham concreção no caso concreto.

Conceitos jurídicos indeterminados sempre configuraram um dos principais instrumentos utilizados para pseudojustificar decisões essencialmente genéricas. Tendo em vista essa artimanha, o legislador procurou estipular a obrigatoriedade de se explicitarem os motivos que tornam tal preceito aplicável ao caso em julgamento.

Destarte, ao valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, deverá o magistrado demonstrar por quais razões o mesmo se torna determinável e aplicável no caso concreto.

Em seu terceiro inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (BRASIL, 2016c).

Esse dispositivo é de fundamental importância, pois tem por escopo refrear decisões genéricas. Ao fundamentar uma decisão, não deve o juiz se valer de expressões como “presentes os requisitos”, “ausentes os pressupostos”, “diante das peculiaridades do caso concreto”, sem, para tanto, demonstrar que, de fato, tais pressupostos ou requisitos se encontram presentes ou ausentes no caso em análise.

O dispositivo em questão também pode servir para evitar decisões proferidas com base em um modelo-padrão, que, por vezes, não se adequa às especificidades do caso concreto.

Em seu quarto inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (BRASIL, 2016c).

Aqui, encontra-se outra importante inovação. O aludido inciso ressalta a importância de um contraditório efetivo, que se realize não apenas sob o ponto de vista formal da produção de provas e argumentação das partes, mas que determine que o magistrado enfrente as teses sustentadas pelas partes e proceda a adequada valoração da prova<sup>4</sup>.

---

4 O referido dispositivo, porém, contrapõe-se ao atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou nos seguintes termos: “*Como consabido (v.g.: EDcl no REsp 1.001.469/SC, EDcl no MS 11.524/DF, EDcl no AgRg nos EREsp 841.413/SP, AgRg no REsp 930.389/PE), o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de*

Deve haver, por conseguinte, coerência entre atividade processual das partes e a conclusão do juiz, sendo defeso a esse ignorar os argumentos e teses trazidos ao seu conhecimento sem a devida justificação.

No entanto, o princípio da completude da motivação pode ser mitigado, uma vez que tal dever recai apenas sobre os argumentos capazes infirmar, em tese, a conclusão do julgador<sup>5</sup>. Nesse sentido, também são os Enunciados n 516 (“Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”), n° 523 (“O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam”) e n° 524 (“O art. 489, § 1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”) do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Neste último sentido, é a orientação contida no Enunciado n. 13 aprovado no Seminário O Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (“O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes”).

Ademais, no Enunciado n. 12, também aprovado no Seminário O Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, afirma-se, corretamente, que não “ofende a norma extraível do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar apenas questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão de análise anterior de questão subordinante”.

Em seu quinto inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (BRASIL, 2016c).

Nesse caso, é perceptível a preocupação do NCPC com a utilização dos precedentes

---

*declaração, sem que presente alguma das hipóteses do art. 535 do CPC” (STJ - REsp: 1102204 SP 2008/0260586-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/05/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe: 28/05/2009).*

5 STJ, AgRg no AREsp 432.237/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014; STF, [AI 426.981-AgR](#), Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 5-10-2004, Primeira Turma, DJ de 5-11-2004; [RE 432.884-AgR](#), rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 13-8-2012.

judiciais. De forma análoga ao que foi determinado para os dispositivos legais (inciso I), aqui também não basta a menção, transcrição ou paráfrase dos precedentes ou enunciados de súmula, sendo imprescindível demonstrar sua conformidade com o caso concreto.

Em seu sexto e último inciso, o artigo 489, §1º, do NCPC, dispõe que não se considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2016c).

Novamente o NCPC vem tratar da questão dos precedentes e das súmulas, mas, dessa vez, sob uma outra vertente. Se por um lado, o juiz ao se utilizar de precedente ou súmula para decidir, precisa fazê-lo de forma motivada, por outro lado, ao deixar de considerar súmula, jurisprudência ou precedente invocado por qualquer das partes, terá também o dever de demonstrar seus fundamentos e a diferença existente entre os fatos do caso sub judice e a situação que fez nascer a jurisprudência, precedente ou a súmula ou, ainda, evidenciar que tal entendimento se encontra superado.

Tanto esse inciso como o anterior, têm a clara pretensão de promover um maior controle sobre a aplicação dos precedentes jurisprudenciais.

Nesse sentido, salienta André Vasconcelos Roque (2013, p. 258):

Os dispositivos em análise obrigam o julgador a, sempre que invocar ou afastar algum precedente ou enunciado de súmula na decisão, extrair previamente a *ratio decidendi* deles, ou seja, os motivos necessários e imprescindíveis que deram amparo ao precedente ou enunciado de súmula utilizado. Além disso, o juiz também deverá demonstrar na fundamentação que, no caso concreto, aquela mesma *ratio decidendi* será ou não igualmente aplicável, conforme o caso. Em síntese, portanto, estimulam tais dispositivos a adequada utilização da técnica do *distinguishing* no ordenamento jurídico brasileiro, que não se confunde, como visto, com a mera transcrição de ementas de acórdão ou enunciados de súmula, desconectados das circunstâncias específicas dos casos que lhe deram origem.

Desse modo, vale notar que esses dois últimos incisos do artigo 489, §1º, do NCPC, foram elaborados com a função de ampliar o controle sobre a aplicação correta dos precedentes judiciais pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário. Buscam, portanto, como finalidade última, ampliar o campo semântico do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, maximizando essa proteção e contendo eventuais arbítrios por parte do Estado-juiz.

## **2.5. Exame crítico do artigo 489, § 1º, do NCPC**

Em que pese os argumentos contrários ao artigo 489, § 1º, do NCPC, consistentes na alegação de que a presente novidade tornaria por demasiado estafante e prolixo o mister de decidir, sobrecarregando-o e, por conseguinte, dilatando o tempo de duração do processo, os benefícios de tal dispositivo aparentam ser maiores que o referido ônus.

Assim o é, pois, mais importante que ter um processo decidido de maneira ágil, é perceber que todos os argumentos apresentados pelas partes foram considerados e a questão foi decidida de forma justa e correta, assegurando o contraditório real e efetivo, a que está vinculado o juiz, inclusive por força dos artigos 9 e 10 do NCPC, que reforçam o alcance do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Ademais, cabe ressaltar que o artigo 489, § 1º, do NCPC não tem a pretensão de dificultar a atividade jurisdicional, mas, ao revés, surge como garantia essencial ao cidadão e ao Estado Democrático de Direito, constituindo-se como importante ferramenta para um controle eficaz da sociedade sobre as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. Tem, pois, o propósito de inibir decisões dotadas de arbitrariedade e/ou parcialidade.

Tal escopo fica evidente quando realizada a análise de cada um dos incisos que compõem o §1º, do artigo 489, do NCPC. Afinal, nenhum deles impõem ao juiz incumbência diversa daquilo que já estava contido, implicitamente, no dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. O texto infraconstitucional se presta, tão somente, a regulamentar a previsão constitucional, formulando parâmetros objetivos para verificar a correta motivação das decisões judiciais.

Com efeito, a mudança contida no artigo 489, § 1º, do NCPC deve ser considerada como necessária ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Na prática forense, o artigo 93, IX, da Constituição Federal deixa de ser um preceito abstrato e, por força do NCPC, passa a ser orientado por critérios objetivos a serem observados para evitar a nulidade das decisões judiciais por inadequada fundamentação.

Com isso, aprimoram-se as possibilidades da obtenção de decisões justas, uma vez que as partes, por meio de um enfrentamento individualizado e adequado dos argumentos apresentados, poderão, se insatisfeitas, rebater, por meio dos recursos, os motivos utilizados pelo magistrado para julgar as causas.

Portanto, deve-se esperar que o artigo 489, § 1º, do NCPC confira maior efetividade

às garantias constitucionais do devido processo legal e, especialmente, do contraditório.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto, verifica-se que é de suma importância para o Estado Democrático de Direito que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam públicas e fundamentadas, de modo a possibilitar um futuro enfrentamento, em sede recursal, da argumentação desenvolvida pelo magistrado na hora de decidir.

Aliás, a principal função dos princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais é propiciar um controle efetivo da atuação do Poder Judiciário, podendo a sociedade aferir a legalidade e imparcialidade das decisões que são proferidas.

Por isso, o dever de fundamentação das decisões constitucionais possui status constitucional, o que, por si só, já bastaria para que fosse observado e aplicado com a máxima efetividade.

O Novo Código de Processo Civil, por dever ser interpretado conforme a Constituição Federal (art. 1º do NCPC), inseriu em seu texto o artigo 489, §1º, para estabelecer critérios objetivos, de forma exemplificativa, para melhor concretizar o artigo 93, IX, da Constituição Federal e, destarte, coibir decisões desprovidas de fundamentação ou inadequadamente motivadas.

Portanto, o artigo 489, § 1º, do NCPC contribuiu para a maior efetividade da tutela jurisdicional e para a justiça das decisões judiciais.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2016a.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2016b.

\_\_\_\_\_. Novo código de processo civil (Lei 13.105/2015). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2016c.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93. In: Comentários à Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 – versão digital (ePub).

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Org. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: JusPODIVM, 2013.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional: nova concepção de jurisdição. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Org. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: JusPODIVM, 2013.

# EMBARGOS INFRINGENTES: A TÉCNICA DE COMPLEMENTAÇÃO DE JULGAMENTO DIANTE DO QUE PROPÕE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Michel Franklin da Veiga BERNARDES<sup>1</sup>

Lucas Probst OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a alteração procedimental dos Embargos Infringentes contidos no Código de Processo Civil de 1973, agora transvestido com o nome de Técnica de Julgamento no Novo Código de Processo Civil, sendo que, possivelmente, o novo procedimento vai na contramão dos motivos explanados no anteprojeto, tais como celeridade, eficiência, efetividade e concisão do sistema processual. Assim, ao se analisar esta “inovadora” técnica procedimental, a qual pretende a suspensão de julgamento de acórdãos não unânimes, será possível notar a presença de características dos antigos Embargos Infringentes. E também as possíveis consequências destes, para a fragilização da coesão processual do novo sistema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil; Embargos Infringentes; Técnica de Julgamento, Celeridade Processual, Novo CPC.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the procedural change of Embargos Infringentes contained in the Civil Procedure Code 1973, now found with the Trial Technical name in the New Code of Civil Procedure, and possibly the new procedure goes against reason explained in the draft, such as speed, efficiency, effectiveness and conciseness of the procedural system. Thus, when analyzing this "innovative" procedural technique, which aimed to suspend judgment not unanimous judgments, you can notice the presence of characteristics of ancient Embargos Infringentes. And also the possible consequences thereof, to the weakening of procedural cohesion of the new system.

**KEY-WORDS:** Civil Procedure; Embargos Infringentes; Trial technique, Celerity Procedure, New CPC.

## INTRODUÇÃO

A alteração procedimental dos “antigos” e famigerados Embargos Infringentes

---

1 Graduado em Psicologia pela Universidade Estadual de Londrina. Atualmente conclui especialização em História e Filosofia da Ciência na Universidade Estadual de Londrina e a especialização em Neuropsicologia pela CDN (Centro de Diagnóstico Neuropsicológico de São Paulo). Trabalha na rede pública de Assistência Social e com modelos preventivos e curativos do uso abusivo de drogas. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em História, Filosofia, Teorias e Sistemas. Estuda modelos experimentais de adicção em Psicobiologia com experiência na área de Etologia. Atualmente graduando em Direito e estagiário no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

2 Graduando em Direito nas Faculdades Integradas de Itararé - SP. Atualmente sou auxiliar jurídico no Escritório de Advocacia Vagner Bagdal. Tenho 4 anos de experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho.

presentes no anterior Código de Processo Civil, e atualmente nominados como Técnica de Julgamento no Código vigente, vêm causando fervorosa discussão doutrinária.

A presente contenda justifica-se, pois a nova técnica de julgamento possivelmente estaria em confronto com os princípios e objetivos processuais orientadores do Novo Código.

Logo, faz jus discutir quais seriam as possíveis consequências do novo procedimento.

## **PROCEDIMENTO RECURSAL**

É fato incontroverso na mais douda doutrina que o direito substantivo por si só não é suficiente para materializar-se ante um conflito. Assim, lança-se mão do direito formal. Ou seja, utiliza-se do processo como meio de almejar a demanda de maneira positiva ou negativa. Portanto, o processo passa ser entendido como mecanismo de legitimação do Poder Estatal, sendo assim, um instrumento para a obtenção da tutela jurisdicional. Segundo Medina:

Sob o prisma do direito processual civil, afirmamos que o processo é sistema interacional, isso é, dá-se através da interação entre partes e órgão jurisdicional. Essa noção de processo envolve e supera aquela, tradicional, que vê o processo apenas como mera relação jurídica. (MEDINA, 2015, p.79).

Por sua vez, o processo como conceito abstrato e amplo é composto por procedimentos, tendo estes como função primordial, torná-lo concreto e objetivo. No entender de Fazzalari (2006), o procedimento nada mais é que uma estrutura técnica normativa de atos jurídicos coordenados em sequência, dispostos no tempo-espaço conforme o modelo legal vigente. Logo, os atos antecedentes são pressupostos para a realização dos atos seguintes até que se alcance um provimento final.

Na obra *Duração Razoável do Procedimento e Celeridade Processual*, a autora Helena Guimarães Barreto salienta que:

Em razão disso, a existência do provimento final (ato que encerra o procedimento), bem como sua validade e eficácia, depende da observância dessa estrutura técnica normativa, daí a afirmação de que o procedimento é a estrutura técnica preparatória do provimento. (BARRETO, 2007, p. 218).

Portanto, o entendimento acerca do significado de procedimento é indispensável, uma vez que a duração razoável do processo recai na necessidade imprescindível de que os procedimentos destinados a chegar ao provimento final realizem-se em medidas céleres, como dispõem a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXVIII:

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

Assim como dispõe a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 em seu artigo 4º:

As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Ainda neste contexto, cabe destacar que todo tipo de recurso se amolda perfeitamente no conceito de procedimento, já que este é mais um ato jurídico coordenado do processo, pois na linha do tempo processual ele situa-se entre o ato inicial e o provimento final. Sendo assim, possui a capacidade de prolatar o provimento final no tempo, uma vez que pode simplesmente retardar o direito da parte, ao invés de buscar a reforma, a anulação ou a integração da decisão, pondo em risco a razoável duração do processo.

Portanto, o recurso quando utilizado de forma inadequada, retarda a decisão final e vai na contramão do que diz o artigo 6º do Novo Código de Processo Civil, já que um dos sujeitos processuais, o recorrente, afronta o princípio da cooperação exposto no referido artigo.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Entende-se que a razoável duração do processo implica em assegurar a prestação jurisdicional sem dilatações indevidas (MEDINA, 2015). Logo:

O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilatações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é muito expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em “tempo justo”. (MARINONE, 2015, p. 265).

Uma variável constante e atual em termos de política jurisdicional é a tensão entre a existência da diversidade de recursos e o retardamento das soluções jurisdicionais definitivas. A tensão expressa-se por meio da pluralidade de meios de impugnação das decisões, uma vez que, muitas vezes, estas visam atender o inconformismo psicológico da parte derrotada. Consequentemente, neste escopo, a diversidade de recursos possíveis tendem a prolongar a duração dos processos, adiando a formação da coisa julgada e a solução das disputas.

O número de recursos previstos na legislação processual civil é objeto de reflexão e crítica, há muitos anos, na doutrina brasileira. Egas Moniz de Aragão, em emblemático trabalho sobre o tema, em artigo publicado na Revista de Processo, indagou de forma contundente o que se segue:

Há demasiados recursos no ordenamento jurídico brasileiro? Deve-se restringir seu cabimento? São eles responsáveis pela morosidade no funcionamento do Poder Judiciário? (Demasiados recursos? Revista de Processo. São Paulo, v. 31, n. 136, p. 9-31, jun. 2006, p. 18).

Respondendo tais indagações, o autor conclui que há três recursos que atendem aos interesses da brevidade e certeza, interesses que devem ser ponderados para dar adequado remédio às necessidades do processo judicial, seriam eles: a apelação, o agravo e o extraordinário, isto é, recurso especial e recurso extraordinário.

A utilização das variadas formas de prolatar a decisão final expõe a realidade do sistema judiciário pátrio, o qual levou o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluzo (2011), a denominar o sistema recursal brasileiro como a “indústria dos recursos”.

O Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema atual produz intoleráveis problemas, como a “eternização” dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça. (PELUZO, 2011, Não Paginado).

Destaca-se, que o sistema proporciona demasiadamente a utilização de manobras protelatórias para retardar o andamento dos processos e impedir a execução das sentenças judiciais.

## **A CELERIDADE E OS PRINCÍPIOS DO NCPC**

Foi diante desse contexto de insatisfação com a morosidade do Poder Judiciário que foi elaborado e discutido nos últimos anos um Novo Código de Processo Civil. Discute-se, atualmente, quanto o Novo Código será capaz e efetivo em propiciar um processo de duração razoável, pois, o que mais se buscou no momento de sua construção foi a simplificação dos atos processuais para satisfazer aquele que procura o Poder Judiciário. Tal premissa foi discutida no Anteprojeto:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. (ANTEPROJETO, 2010, p.14).

Na redação da motivação do Anteprojeto do Novo CPC, a Comissão de elaboração expôs que se orientou, precipuamente, por cinco objetivos:

1. estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
2. criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
3. simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como,

por exemplo, o recursal;

4. dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo;
5. e, finalmente, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Desta forma, o Anteprojeto buscou conciliar os avanços do sistema processual anterior com os preceitos constitucionais.

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo. (ANTEPROJETO, 2010. p.33).

Logo, é necessário efetivar na prática estas novas regras procedimentais, caso contrário o sistema continuará a caminhar nos mesmos trilhos, ou seja, sem os devidos princípios defendidos durante toda a sua elaboração.

## **Morosidade**

A morosidade da justiça é uma das causas que sempre geraram um certo desconforto naqueles que precisam e buscam o poder judiciário para solucionar seus conflitos. Esta “demora” fere o próprio ordenamento que propõe, a celeridade processual, a rapidez, a agilidade do procedimento.

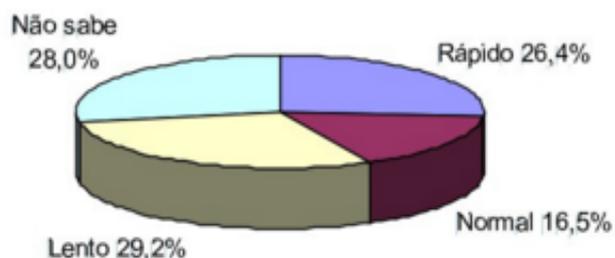
Portanto, é quase uma unanimidade culpar a morosidade da justiça como a única responsável pela ineficiência na resolução das demandas judiciais. Tendo em vista a ausência de mecanismos mais ágeis para a satisfação final do usuário que a busca.

Nas mais diversas esferas da sociedade os processos judiciais são vistos como vilões que atrasam o exercício de direitos. Assim, o problema da lentidão na prestação jurisdicional é o maior fator de descrédito da população no Poder Judiciário.

O levantamento estatístico da realidade do Judiciário Nacional, encomendado pelo Supremo Tribunal Federal ao Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília (DATAUnB), confirmou o cenário.

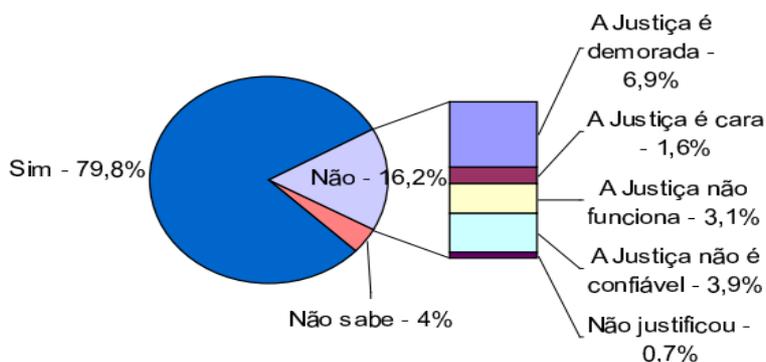
Na primeira amostra nacional da pesquisa, ocorrida em março de 2005, foram ouvidas em todo o país, 1.987 pessoas, dentre aquelas que litigaram em juízo e tiveram os seus processos encerrados. Dentre elas 29,2% avaliaram o tempo de tramitação como lento, sendo que 28,0% dos entrevistados disseram não saber como avaliar o tempo de tramitação

dos seus processos, percentual considerado expressivo pelos pesquisadores (NETO,2010, p. 18).



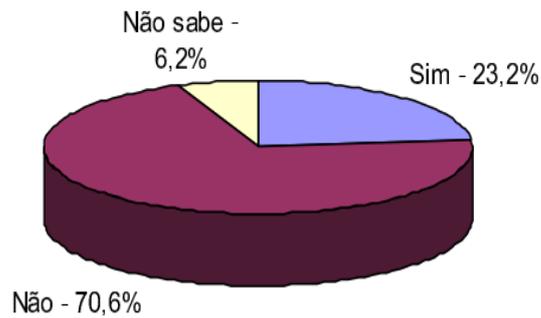
**Figura 1:** Avaliação do tempo de tramitação dos processos encerrados na Justiça  
**Fonte:** Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília - DATAUnB

Entre os entrevistados, 323 afirmaram que não vale a pena procurar a Justiça, sendo que, desses, 137 justificaram a afirmativa alegando que a Justiça é demorada (NETO, 2010, p. 19).



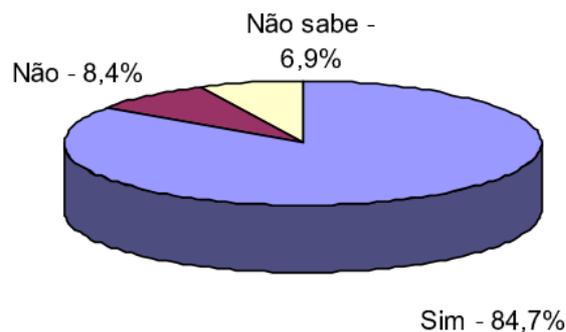
**Figura 2:** Vale a pena procurar a Justiça?  
**Fonte:** Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília – DATAUnB

Ainda na mesma pesquisa, 1.403 pessoas afirmaram que o sistema judiciário não atende bem às necessidades do povo, e 1.682 disseram que o sistema judiciário tem problemas e deveria ser mudado (NETO, 2010, p.20).



**Figura 3:** O sistema judiciário atende bem às necessidades do povo?

**Fonte:** Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília - DATAUnB



**Figura 4:** O sistema judiciário tem problemas e deveria ser mudado?

**Fonte:** Centro de Pesquisas de Opinião Pública da Universidade de Brasília – DATAUnB

### Segundo entendimento de Rui R. A. Neto (2010),

De acordo com a pesquisa, portanto, a maior deficiência do Poder Judiciário brasileiro não são os custos, nem a falta de acesso e tampouco a corrupção. O grande problema é a demora na resposta. O sentimento comum é de que a Justiça não atende bem às necessidades do povo, é vagarosa, favorece a impunidade e precisa de reformulações. (NETO, 2010, p.21).

Logo, pode-se inferir pela pesquisa que o sistema judiciário brasileiro não oferece justiça, pois, no dizer de Rui Barbosa, “Justiça que tarda é sempre falha”.

Diante do exposto, com a finalidade de desmacular tal premissa, a Emenda nº 45/2004 à CF acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII reportando o princípio da celeridade ao

status de norma suprallegal. O conteúdo do princípio da celeridade processual tem como desígnio a ideia de economicidade, tendo como ênfase a nuance temporal. Desta forma, o processo deve buscar, segundo o escopo desse princípio, a construção do provimento final no menor intervalo de tempo possível (BONFIM, 2008).

Segundo Medina (2015), com o princípio da economicidade deve-se obter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividade jurisdicional:

Manifesta-se o princípio, sob essa perspectiva: (a) com a economia de processos tal como se dá com o litisconsórcio, a cumulação de pedidos etc.; e (b) com a economia de atos e formalidades, como, p.ex., não realizando, inutilmente, audiências ou atividades probatórias. (MEDINA, 2015, p. 126).

Diante disto, a Constituição brasileira buscou assegurar a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos como princípio fundamental. Pois, nos dizeres de Peluzo (2011):

A morosidade corrói a credibilidade da Justiça, favorece a impunidade e alimenta o descrédito no Estado de direito e na democracia. (PELUZO, 2011, Não Paginado)

A sociedade nos dias atuais, busca por uma jurisdição efetiva, ou seja, leva-se em conta a instrumentalidade processual e a efetividade, pretendendo-se visar não somente o processo em si, mas também o direito. É necessário que os magistrados não se prendam tão somente ao formalismo, mas busquem dar ao jurisdicionado a tutela objetivada. Para Daniel Marques de Camargo:

O direito deve atender às inclinações genéticas de uma sociedade, exprimindo os seus anseios, suas ambições, seus sentimentos e seu estado de consciência, bem como sua índole, ou seja, deve estar em conformidade com o sistema ético de referência da coletividade. (CAMARGO, 2004, pág. 78)

Portanto, o Estado Democrático de Direito deve cumprir com os papéis que lhe são devidos, é preciso tornar o sistema processual ainda mais válido, eficaz, tornando a justiça mais célere e melhor vista pela sociedade, caso contrário ainda se terá uma visão de que a justiça é lenta, é falha.

### **Efetividade e Eficiência**

Consagrado no Novo Código, o princípio da eficiência diz que o processo para ser devido, há de ser eficiente, assim sendo, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional, ou seja, pelo Poder Judiciário. Este princípio estabelece ao órgão jurisdicional o dever de adaptar ou “arquitetar” mecanismos com o intuito de alcançar a eficiência, chegar a um fim satisfatório.

Imprescindível é a diferenciação entre o princípio da eficiência e da efetividade. Eficiente é aquele que repercute sobre a atuação do poder judiciário em duas dimensões, administração judiciária e gestão de um determinado processo. E efetivo é aquele processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Pois, “os direitos devem ser além de reconhecidos, efetivados”. (DIDIER, 2015)

Segundo Didier (2015), o artigo 4º do CPC, embora infraconstitucional, reforça o princípio da efetividade como norma básica do processo civil brasileiro, ao incluir o direito à atividade satisfativa, que é o direito a execução.

Art. 4º As partes tem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

A lei que dispõe sobre o novo ordenamento do processo civil, como se vê traz como objetivos a agilidade dos atos processuais, uma maior simplificação como já vem sendo comentado pelos doutrinadores, portanto se busca uma solução mais rápida do conflito, adequando-se aos princípios da eficiência e da efetividade, bem como respeitando o princípio da razoável duração do processo.

## **Simplificação**

A Lei 13.105/15 propõe uma simplificação em várias questões e procedimentos que a doutrina e a jurisprudência já vinham abordando.

A tendência à simplificação procedimental, que se expressa, por exemplo, na previsão de um procedimento comum adaptável ao caso concreto (arts. 139 e 190, § 1º), ao aproveitamento de atos processuais por força de um regime de invalidades processuais dominado pela necessidade de demonstração de prejuízo aos fins do processo e do não preenchimento da finalidade (arts. 188, 277 e 282), à realização de calendário processual (arts. 191) e à necessidade de outorgar-se uma ordem cronológica ao julgamentos dos processos (art. 12) atendem à necessidade de promoção do princípio da economia processual com fundamento constitucional não é outro senão a necessidade de que o processo tenha uma duração razoável. (MARINONI, 2015, p. 268).

Esta simplificação é justamente fazer com que o procedimento acelere, afastando os elementos que geravam lentidão, como por exemplo, os Embargos Infringentes. Tal recurso era visto, por alguns, como um meio utilizado para protelar o andamento processual.

O recurso, de origem lusitana, tem gerado celeuma entre juristas e operadores do direito desde seu nascedouro. Deveras, parte da doutrina pátria sustenta que os embargos infringentes deveriam ser extintos, uma vez que, além de ser um instituto presente, atualmente, apenas no ordenamento brasileiro, configurar-se-iam um verdadeiro bis in idem (recurso de recurso), contribuindo, por conseguinte, para a morosidade e ineficiência de nosso Judiciário. A extinção dos embargos infringentes far-se-ia ainda mais premente, face à multiplicidade de recursos e à miríade de lides

que ocasionariam o engessamento da Justiça Brasileira. (JUNIOR, 2015, Não paginado).

Diante das várias discussões acerca de sua utilização no ordenamento, resolveu-se excluí-lo da via recursal no novo Código. Resta saber, se ele de fato foi extinto, colocando assim um ponto final em todas as controvérsias.

## **EMBARGOS INFRINGENTES E A NOVA TÉCNICA**

Muito se discutia sobre a aplicação dos Embargos Infringentes no antigo Código de Processo Civil, mas pouca matéria ainda se tem acerca de uma possível solução no novo Código, para colocar fim de vez as inúmeras controvérsias sobre o assunto.

Debateu-se muito acerca da aplicabilidade do recurso, pois, nas palavras do próprio senador relator Vital do Rêgo:

Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias. (Da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, p. 164).

A discussão, em suma, está apenas começando, ao passo que o Novo Código de Processo Civil que recentemente entrou em vigor excluiu a via recursal dos embargos infringentes.

Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. (Anteprojeto p.27)

Recurso que era previsto no artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973, diz que:

“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

O recurso em apreço trazia um rol taxativo das hipóteses de seu cabimento, ou seja, a decisão que reformava a sentença de mérito em grau de apelação e a decisão que julgava procedente a ação rescisória; mas excepcionalmente era admissível em face de Agravo, desde que fosse julgado a matéria de mérito, em acórdão não unânime.

Os Embargos Infringentes poderiam ser interpostos pela parte interessada, não podendo o interessado se não interpôs, apresentar Recurso Extraordinário ou Especial, visto

que os embargos infringentes era o caminho necessário para a interposição dos demais recursos e que viabilizava o acesso ao esgotamento recursal exigido pelo STJ e STF. Ele deveria ser apresentado no prazo de 15 dias, a contar da data da intimação da decisão não unânime; tendo igual prazo para o embargado apresentar contrarrazões.

Caso os embargos fossem rejeitados pelo relator com base no artigo 557 do CPC/1973, contra tal decisão caberia Agravo Inominado, dentro do prazo de 5 dias. Não poderia, porém, valer-se do artigo 557 parágrafo 1º - A que dizia:

Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a sumula ou com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Uma vez que, não poderia de plano e unilateralmente, dar provimento ao recurso, modificando a decisão colegiada. E se eram-se preenchidos os requisitos e este aceito, seria julgado e processado conforme estabelece o regimento interno do referido Tribunal.

Vale ressaltar, que os embargos infringentes possuíam alguns efeitos, como o devolutivo, que devolvia ao conhecimento do tribunal o conteúdo não unânime; o suspensivo que só se admitia caso a apelação ou ação rescisória possuíssem este efeito, e o efeito translativo onde trazia a possibilidade de exame de matérias que não fossem objeto do recurso, ou seja, aquelas que poderiam ser reconhecidas de ofício, por se tratarem de ordem pública.

As justificativas para a apresentação de embargos infringentes, eram o de superar um eventual empate no que tange o objeto de divergência, ou até mesmo seguir o caminho conforme a lei estabelecia para interposição de um outro recurso, no caso extraordinário ou especial.

Seguia-se um raciocínio de que a decisão rescindida somada ao voto vencido empatavam com dois votos rescindendo, em geral era como se a sentença vencida ou rescindida valesse tanto quanto um voto na apelação ou na autorização de ação rescisória.

Diante da elaboração do Novo Código de Processo Civil, criou-se a técnica de complementação de julgamento não unânime, ou simplesmente técnica de julgamento, prevista no art. 942 do CPC/2015. In verbis:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura compoñham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Com a leitura do dispositivo acima, fica mais que evidente que os Embargos Infringentes, supostamente extintos, foram mantidos em sua essência no ordenamento processual civil atual.

A proposta é extremamente nefasta para a duração razoável dos processos. São criados verdadeiros embargos infringentes de ofício. Qualquer julgamento por maioria propiciará, com o novo instituto, o prolongamento do processo. Melhor seria manter o recurso de embargos infringentes nos moldes já existentes ou mesmo suprimi-los. (Nota Técnica nº 06 da AJUFE, 2014, p. 3).

Diante disso, com apenas uma mudança de nome. No CPC/2015 os Embargos Infringentes tornaram-se um incidente, tendo as suas hipóteses de incidência estendidas e garantidas por determinação legal. Segundo Lamy (2015),

O novo texto deixa clara a intenção de manter, portanto, o procedimento correspondente aos embargos infringentes sem, contudo, resguardá-lo no sistema como um recurso. Perde-se um recurso, que é ônus da parte. Por outro lado, se ganha um incidente, uma técnica de complementação de julgamento cujo processamento se dá por determinação legal. (LAMY, 2015, Não Paginado)

Logo, pode-se concluir que, como aponta o Senador Relator do Substitutivo da Câmara Vidal do Rêgo, a técnica de julgamento poderia ser batizada como “embargos infringentes automáticos”, já que o seu cerne permanece presente no novo código. Porém, agora de forma automática, pois, perdeu sua característica fundamental de recurso que era manifestado pela autonomia da vontade.

Ora, pelo cotejo entre o art. 942 do novo CPC e o dispositivo que regulava os antigos embargos infringentes, pode-se verificar que houve um retrocesso. Isto porque enquanto o recurso do CPC/73 somente era cabível contra apelações não unânimes que reformassem a decisão proferida pelo juízo a quo, a nova técnica não exige que haja reforma da sentença; a nova técnica passa a ser aplicável, inclusive,

em sede de agravo de instrumento, conforme o inciso II, parágrafo 3º, do art. 942 do novo CPC. Por derradeiro, há de se frisar, que o novo julgamento, quando da prolação de acórdãos não unânimes, será automático, ex officio, ou seja, ocorrerá nova apreciação da matéria independentemente da vontade das partes. Em suma, houve um significativo aumento das hipóteses em que haverá novo julgamento. (JUNIOR, 2015, Não Paginado)

Diante dos princípios defendidos no Anteprojeto e agora estabelecidos no Novo Código de Processo Civil, quais sejam: a simplificação, a celeridade processual, a razoável duração do processo, a eficiência, a efetividade, dentre outros, encontramos um certo confronto entre a nova técnica de julgamento e os princípios defendidos, ou seja, o que seria para acelerar o procedimento e diminuir intuitos protelatórios como os antigos Embargos Infringentes, agora passou a ser um procedimento obrigatório.

Atualmente, o novo ordenamento prevê que quando a decisão não for unânime haverá a necessidade de realizar-se uma nova sessão com o intuito de rever a não unanimidade. O novo Código não estabelece um prazo definido para o novo julgamento. A decisão poderá ocorrer na mesma sessão, contudo, não se sabe ao certo, como será composto a nova turma de julgadores.

O que antes era alegado, levantado e recorrido pela parte interessada agora passou a ser de ofício, obrigatório. Em linhas gerais, em nossa opinião, nota-se um retrocesso do novo código no que tange aos embargos supracitados, pois o que era para ser extinto visando a aceleração dos atos processuais para que se evitasse intuitos protelatórios, agora os antigos embargos infringentes passaram a ter a sua essência na “inovadora” técnica de julgamento, sendo esta obrigatória quando houver divergência entre julgadores.

A discussão ainda se estende, conforme a Nota Técnica nº 6, de 2014, da AJUFE, a referida técnica de julgamento ocasionará problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos.

Ademais, poderia haver estímulo à alteração da organização interna dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução do número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do tribunal. (Nota Técnica nº 06 da AJUFE, 2014, p. 3).

O processo então, ao invés de caminhar com celeridade, retardará talvez por mais um tempo, até que se designe uma nova sessão para a solução da divergência. E se a divergência persistir? Caberá outra técnica de julgamento? Será interposto Recurso Especial ou Extraordinário direto? mesmo com a divergência? São perguntas simples, que fazem muito

sentido, quando chegamos à conclusão de que mesmo com a denominada técnica, poderá continuar a divergência entre os julgadores.

Além disso, poderá ocorrer um condicionamento das decisões com intuito de agilizar o ato. Terá, possivelmente uma acomodação em aceitar teses unânimes por parte daqueles desembargadores que defendem e entendem a matéria de forma diversa, com o intuito de não tardar ainda mais a decisão final.

## **CONCLUSÃO**

Dentro do exposto, com toda vênia, a técnica de julgamento pode vir a macular a decisão, pois, os demais desembargadores acompanhariam o voto do relator, podendo manchar a decisão de mérito e ocasionar injustiças.

Logo, a simples existência de um voto vencido não seria suficiente por si só para justificar a elaboração e a criação da atual técnica de julgamento, uma vez que, na linha de raciocínio processual, deve-se admitir um segundo “recurso de embargos” quando no novo julgamento persistir um voto vencido. Portanto, a referida técnica pode arrastar por um longo período a observação do acerto da sentença, tendo o escopo da ideia de justiça sacrificada pela vontade e desejo de aperfeiçoar a decisão, simples vaidade processual.

Vale destacar, que o ordenamento pátrio é o único que prevê recurso contra decisão não unânime de tribunal, não tendo institutos similares aos famosos e antigos embargos infringentes no direito comparado. Até em Portugal, país, no qual se originou o recurso, não mais o prevê em seu ordenamento tal procedimento.

Portanto, fica evidente que a busca pela efetividade e celeridade do sistema processual, nunca foi almejada com os antigos embargos infringentes, sendo, assim, um recurso desnecessário, muitas das vezes indesejado. A própria doutrina, há muito tempo, posiciona-se a favor da extinção do procedimento, fato satisfeito com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Contudo, a vontade expressa pela doutrina foi mitigada diante da criação da técnica de julgamento. O renascimento dos famigerados Embargos infringentes, essencialmente intrínsecos na Técnica de Julgamento, contradiz toda a lógica processual, os princípios e objetivos supracitados, ou seja, a pretensão de simplificar e dar celeridade ao processo com o intuito de almejar e atender os anseios da população mitigou-se, esvaiu-se, esvaneceu-se.

Assim sendo, a criação procedimental da técnica de julgamento, possivelmente,

acarretará mais lentidão do sistema. Pois, diante das funções do processo, bem como dos fundamentos e princípios defendidos no Novo Código, a supressão dos antigos Embargos Infringentes e a criação do procedimento da técnica de julgamento trará óbice ao andamento processual, posto que, anteriormente o que era facultativo tornou-se obrigatório.

Portanto, em casos de não unanimidade em decisão de apelação, haverá prolongamento temporal na linha processual até que se marque outro julgamento com a intenção de tornar unânime a decisão.

Entretanto, muitos afirmam que o novo julgamento ocorrerá logo em seguida a sessão de apelação, convocando novos desembargadores para compor o colegiado, o que é incabível. Visto que, os novos integrantes não estarão a par do processo para se posicionarem a respeito, podendo, inclusive, pedir vistas dos autos e remarcar a sessão para outra data. O tempo desta redesignação ninguém sabe. Sem contar que poderá ocasionar problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos.

A técnica de julgamento criada e consagrada no novo ordenamento civil brasileiro atravancou ainda mais o andamento dos atos processuais, o que poderá tornar a justiça ainda menos eficaz para a sociedade, ao passo que julgadores que divergirem sobre a matéria, possivelmente, entraram em consonância com a maioria, ou com o voto do relator, para não se fazer necessária designação de nova sessão.

Muito ainda se debaterá sobre o seu funcionamento na prática, não somente no que tange a inserção de novos julgadores, se seria possível e viável na mesma sessão ou se terá de designar uma outra, como também, o que de fato acontecerá caso a nova sessão mantenha a divergência. Seria então caso de várias sessões até que se chegasse a um consenso, ou seja, a uma unanimidade? Na lógica processual sim, mas, na prática talvez isso não seja viável. Fato é que, com base nos fundamentos e princípios defendidos no novo e atual Código de Processo Civil, os Embargos Infringentes ainda permanecem, mas de forma ainda mais prejudicial ao ordenamento brasileiro.

Por fim, o nobre legislador avançou um passo à frente, extinguindo os Embargos Infringentes, porém, recuou dois passos, criando a nova técnica de julgamento de acórdãos não unânimes.

## **REFERENCIAS**

BARRETO, Helena Guimarães. Duração Razoável do Procedimento e Celeridade Processual: Uma Análise Crítica do Rito Sumaríssimo na Justiça do Trabalho. IN: TAVARES, Fernando Horta (Org.). Constituição, Direito e Processo. Curitiba, Editora Juruá, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. Processo Civil 1. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 27. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 25/11/2015.

CAMARGO, Daniel Marques de, Interesse de Agir, Tutela Declaratória e a Busca de uma Jurisdição Efetiva. Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Vol. 1, n. 4 – Jacarezinho, 2004. <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/31/32>> Acesso em: 15/03/2016.

CENTRO DE PESQUISAS DE OPINIÃO DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (DATAUnB). Consultoria para construção do Sistema Integrado de Informações do Poder Judiciário. 8º Relatório de Atividades, p. 62. Disponível em: <<http://cedes.iuperj.br/PDF/05maio/stf%20justica%20em%20numeros.pdf>> Acesso em: 15/11/2015.

Código de Processo Civil de 1973. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) > Acessado: 25/11/2015.

Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046)> Acessado: 25/11/2015.

Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado: 25/11/2015.

DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. - Salvador. Editora Jus Podvim, 2015. Vol. 1.

DIDIER Jr., Fredie. et al. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. Vol. 2.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.

FILHO, Ivis Gandra da S. M. A. Garantia Constitucional da Celeridade Processual e os Recursos Protelatórios. Revista de Direito Administrativo. Editora Atlas. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42547/41314>> Acessado: 25/11/2015.

JÚNIOR, Edison D. da S. Novo Código de Processo Civil: Fim dos Embargos infringentes. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/39796/novo-codigo-de-processo-civil-fim-dos-embargos-infringentes#ixzz3sY4bu4aF>> Acessado em 25/11/2015

LAMY, Eduardo. A Transformação dos Embargos Infringes em Técnica de Julgamento. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/a-transformacao-dos-embargos-infringentes-em-tecnica-de-julgamento/>> Acessado: 25/11/2015

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sergio C. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: Teoria do processo Civil. Volume 1. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sergio C. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: Teoria do processo Civil. Volume 2. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sergio C. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: Teoria do processo Civil. Volume 3. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2015.

MEDINA, José M. G. Direito processual Civil Moderno. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015

MOURA, Fernando Galvão, CARDOSO, Raphael de Matos. Celeridade Processual: Direito e Garantia Fundamental. A positivação de princípios constitucionais. Disponível em <[http://www.feb.br/index.php/calendario/doc\\_download/341-celeridade-processual-direito-e-garantia-fundamental-a-positivacao-de-principios-constitucional.](http://www.feb.br/index.php/calendario/doc_download/341-celeridade-processual-direito-e-garantia-fundamental-a-positivacao-de-principios-constitucional.)> Acessado: 25/11/2015.

NETO, Rui R. A. Estatística Básica Aplicada a Administração Judiciária: Coleção Administração Judiciária. Volume 11. Porto Alegre. 2010. Disponível em <[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ11.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ11.pdf)> Acessado em 25/11/2015.

PELUSO, Cesar, Em Defesa de uma Justiça Eficiente. Brasília. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>> Acessado: 25/11/2015

RÊGO, Vital do. Da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, Sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (scd) ao Projeto de Lei do Senado (pls) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/veja-integra-do-relatorio-do-senador-vital-do-rego-1>> Acessado: 25/11/2015.

SOARES, Fernanda H. M., MASSINE, Maiara C. L., O Processo como Instrumento do Estado Democrático de Direito. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 13 (julho/dezembro) –

Jacarezinho, 2010. <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/180/179>> Acesso em 15/03/2016.

STRECK, Lênio Luiz, O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra... in <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>> Acessado: 25/11/2015.

STUMPF, Juliano da C. Poder Judiciário: Morosidade e Inovação. Coleção Administração Judiciária. Volume 2. Porto Alegre, 2009. Disponível em <[https://www1.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ02.pdf](https://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ02.pdf)> Acessado: 25/11/2015.

# **PODER JUDICIÁRIO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: PERSPECTIVAS A PARTIR DA CRISE DO SISTEMA JUDICIÁRIO E DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS**

Vinícius José Corrêa GONÇALVES<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O artigo busca demonstrar que a crise hodierna vivenciada pelo Poder Judiciário deve-se, ao menos em grande medida, pelas limitações existentes na prestação da tutela jurisdicional tradicional. Presa às amarras do princípio dispositivo da lide, a solução adjudicada imposta pelo Estado-juiz consegue resolver, com certo grau de eficácia, apenas a crise jurídica que envolve o conflito de interesses judicializado. Assim, por não conseguir por fim à crise social encontrada nas contendas judiciais, a tutela jurisdicional tradicional faz com que o Poder Judiciário constitua-se num sistema que se retroalimenta, ou seja, num sistema autopoiético, acarretando nefastas consequências na seara da razoável duração processual. Dessa forma, defende-se que o escopo social da jurisdição só se torna viável e crível por meio da adoção de métodos de resolução de conflitos que escapem da lógica binária (vencedor/perdedor) arraigada na tutela jurisdicional tradicional, bem como pela criação de políticas públicas que não fiquem restritas às inovações legislativas sobre o direito processual e ao aumento estrutural-tecnológico do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário; Autopoiése; Razoável Duração Processual; Crise; Tutela Jurisdicional.

## **ABSTRACT**

The article seeks to demonstrate that today's crisis experienced by the judiciary is due, at least in large measure, by the limitations that exist in the provision of traditional judicial protection. Stuck to the principle of device's bonds, a solution imposed by the authorised judge can solve, with some degree of effectiveness, only the legal crisis involving the conflict of interest in courts. So, for not being able to put an end to the social crisis found in legal disputes, the traditional judicial protection causes the Judiciary constitutes a system of receiving feedback, i.e. a autopoietic system, leading to disastrous consequences in the field of reasonable duration. Thus, argues that the social scope of jurisdiction only becomes viable and credible through the adoption of methods of conflict resolution that escape binary logic (winner/loser) rooted in traditional judicial protection, as well as the creation of public policies that don't stay restricted to legislative innovations on the procedural law and increasing structural-

---

1 Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Área de Concentração: Função Social no Direito Constitucional; Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça nas Constituições). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito; 2009-2011). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, com formação para o magistério superior. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor de Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Direito Processual Civil na Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP (FAESO). Autor do livro "Tribunais Multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos". Principais áreas de atuação: Direito Processual (Civil e Penal), Direito Constitucional, Administração da Justiça e Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution [ADR's]).

technological judiciary.

**KEY-WORDS:** Judiciary; Autopoiesis; Reasonable Duration Of Procedure; Crisis; Judicial Protection.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho busca evidenciar a crise vivenciada atualmente pelo Poder Judiciário, bem como questionar criticamente os rumos tomados pelo Estado brasileiro para a solução deste problema social.

A massificação dos conflitos sociais e a cultura demandista, que faz com que os jurisdicionados busquem, quase invariavelmente, uma solução para seus conflitos no Poder Judiciário, acabam por redundar no fenômeno visualizado hodiernamente: uma explosão de demandas.

Ano após ano, o Conselho Nacional de Justiça tem demonstrado estatisticamente que, mesmo diante de inúmeras iniciativas tomadas pelo Poder Judiciário e, de forma geral, pelo Poder Público, o número de conflitos que ingressa no sistema judiciário não corresponde ao número de vazão, o que leva ao congestionamento de todo o sistema e, ainda, ao pernicioso fenômeno da litigiosidade contida.

Busca-se vislumbrar que o problema, ou parte dele, reside na adoção de medidas errôneas (ou apenas paliativas) para sua solução, bem como no formato que vem sendo dado ao Poder Judiciário brasileiro, calcado na solução adjudicada de conflitos, incapaz de promover uma verdadeira pacificação social e, em virtude disto, configurando-se como um sistema que se retroalimenta, ou seja, um sistema autopoietico.

Desta forma, o artigo desenvolvido buscará promover a abertura de discussões e reflexões sobre a necessidade de se caminhar rumo a um novo Poder Judiciário, que privilegie a construção de consensos em detrimento da distribuição de soluções adjudicadas, que seja menos formal e mais preocupado com a efetiva pacificação social, que seja mais plural e descentralizado.

## **CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

O Poder Judiciário brasileiro sofre, nos últimos tempos, de uma verdadeira crise estrutural/instrumental, vez que não consegue cumprir sua função precípua de entregar aos

jurisdicionados a tutela adequada de seus direitos em um lapso temporal razoável<sup>2</sup>. Analisar esse fenômeno social é essencial antes de se propor qualquer medida para combatê-las<sup>3</sup>.

Como se sabe, o Estado assumiu a regulação dos conflitos e reivindicações existentes no seio da sociedade e, com o passar dos tempos, tal incumbência foi se ampliando à medida que se fortaleciam os pilares do Estado de Direito. A jurisdição passou a ser regra, e os meios de autocomposição e autotutela exceções.

A Constituição Federal de 1988 buscou garantir, de forma ampla e universal, o direito de acesso à justiça, todavia essa medida não foi acompanhada da adequada estruturação dos órgãos estatais encarregados da prestação jurisdicional. As portas do Poder Judiciário foram escancaradas sem que nenhuma providência fosse tomada no sentido de possibilitar que os jurisdicionados, além de entrarem na máquina judiciária, fossem capazes de dela sair com a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e, principalmente, tempestiva.

Soma-se a esse fato o constante crescimento da judicialização no Brasil. Rodolfo de Camargo Mancuso, ao vislumbrar essa questão diante da realidade brasileira, preleciona:

Entre nós, por conta de ser unitária nossa Justiça, enfeixada em *numerus clausus* nos órgãos arrolados no art. 92 da CF, remanesce como regra a judicialização dos conflitos, apesar das limitações que hoje se vão reconhecendo à decisão judicial de mérito (solução adjudicada) para efetivamente resolver conflitos de largo espectro social, que vão além da crise estritamente jurídica, já alcançando os planos sociais, político ou econômico. O Estado brasileiro, além de empolgar a função legiferante – produção da norma legal: geral, impessoal, abstrata e impositiva –, também avocou o poder de interpretá-la e de aplicá-la aos casos concretos, no que se costuma chamar a indeclinabilidade, a inafastabilidade ou ainda a ubiquidade da jurisdição. [...] A assunção, pelo Estado-juiz, dos conflitos instaurados e não auto ou heterocompostos entre os interessados ou entre estes e a Administração Pública não foi acompanhada de uma paralela preocupação com a boa gestão da imensa massa de processos que foi se avolumando nos escaninhos judiciários, de primeiro e segundo graus, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da efetividade da prestação

---

2 Sob o mesmo prisma, salienta Maria Tereza Aina Sadek: “Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a idéia de que estas instituições [judiciais], além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionantes sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado o ano 2000” (SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, vol. X, n. 1, maio de 2004, p. 06). Conforme a mesma autora, 76,5% dos membros do Poder Judiciário, 85% dos membros do Ministério Público dos Estados e 95% dos membros do Ministério Público Federal concordam com a existência de uma crise na Justiça” (Cf., Maria Tereza Aina Sadek, p. 07).

3 Segundo a classificação defendida por José Eduardo Faria, adota-se o prisma da denominada crise estrutural ou instrumental do Poder Judiciário, originada pelo fato do Estado possuir o monopólio da função jurisdicional que, praticamente, é a única via de resolução de conflitos maciçamente utilizada. Constata-se sob esse enfoque, destarte, que “o Judiciário é o principal *locus* de resolução de conflitos” em nossa sociedade (Cf., FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. *International Conference on Law and Justice in the 21st Century*. Coimbra, 29 to 31 May 2003, p. 03-08. Vide também: FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005, volume I, tomo I / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 17).

jurisdicional, olvidando-se o aviso de que a quantidade acaba por afetar a qualidade<sup>4</sup>.

Como salientado acima, o Estado brasileiro teve a intenção de alcançar determinados fins (proporcionar o acesso à justiça), próprios de um Estado Democrático de Direito, mas não forneceu os meios para que isso fosse alcançado.

Segundo estudos, esse crescimento nos índices de procura por justiça estatal está diretamente relacionado às taxas de industrialização e ao processo de urbanização. Dessa forma, o crescimento desses indicadores provoca um aumento no número e no tipo de conflitos e, conseqüentemente, há uma maior possibilidade de que esses litígios convertam-se em uma maior demanda pelos serviços judiciários. A mera transformação estrutural pela qual passou a sociedade brasileira, de predominantemente agrária e rural para industrial e urbana, num intervalo de menos de 50 anos, tomando como ponto de partida o início da década de 1930, justificaria a multiplicação dos conflitos<sup>5</sup>.

Todavia, em especial nos últimos anos, o aumento da judicialização alcançou números alarmantes. Milhões de processos ingressam no Poder Judiciário a cada ano e, ainda que em menor número, milhões são julgados. Dados estatísticos demonstram que, entre os anos de 1990 e 2002, houve um crescimento de 270% no número de demandas propostas junto ao Poder Judiciário<sup>6</sup>. Dados coletados em 2006, pelo Conselho Nacional de Justiça, apontaram, ainda, para o espantoso número de 57 milhões de demandas em curso nas várias esferas do Poder Judiciário em 2004<sup>7</sup>, número este que ultrapassou a casa dos 80 milhões no ano de 2009<sup>8</sup>. No relatório publicado em 2016, referente ao ano-base de 2015, o Conselho Nacional de Justiça afirma haver quase 100 milhões de processos em andamento nas diversas esferas do Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente 99.707.250 processos<sup>9</sup>. Em entrevista recente, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a cifra já se encontra na casa dos 107 milhões de processos. Os números são estarrecedores!

Apesar disso, estudos apontam que somente cerca de 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de litígio buscam solução perante o Poder Judiciário, sendo que a maior parcela

---

4 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50-51.

5 Cf., Maria Tereza Aina Sadek, p. 11.

6 Cf., *Ibidem*, p. 14.

7 Cf., TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008, p. 191.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2009. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

9 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2015. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

dessa porcentagem refere-se a grupos empresariais, órgãos estatais e pessoas pertencentes a estratos sociais economicamente superiores<sup>10</sup>. Dessa forma, observa Maria Tereza Aina Sadek que

Em resumo, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: demandas de menos e demandas de mais. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente muito menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada. As deficiências do aparelho judicial somadas aos ritos processuais criam situações de vantagem e/ou privilégios, portanto, de desigualdade<sup>11</sup>.

Dessa maneira, é possível sustentar que a particularidade da realidade brasileira, assim como ocorre na maior parte dos países latino-americanos, apresenta sintomas que indicam a necessidade de reformas para a promoção de um efetivo e mais democrático acesso à justiça. E, realmente, muitas são as tentativas empreendidas no sentido de resolver, ou ao menos amenizar, a crise sofrida pelo Poder Judiciário. São inúmeras as reformas legislativas tendentes a proporcionar uma maior eficiência e agilidade dos processos judiciais. Algumas reformas estruturais, ainda que em menor número, também vêm sendo implementadas com a mesma finalidade<sup>12</sup>, contudo sem alcançarem os seus reais escopos.

### **Descenso à justiça**

Um dos principais motivos impulsionadores das reformas atualmente empreendidas é, indubitavelmente, a lentidão do Poder Judiciário. A excessiva demora para o julgamento das demandas judiciais é fator gerador de grandes injustiças, além de constituir verdadeiro óbice à função de pacificação social e, ainda, à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça<sup>13</sup>.

Com efeito, de pouco ou nada vale atingir a justiça substancial com excessivo atraso. A demanda que se prolonga por anos e anos transforma-se em instrumento de revolta e indignação para aqueles que dela esperam ansiosamente por uma solução em suas vidas

10 Cf., Maria Tereza Aina Sadek, p. 11-12.

11 *Ibidem*, p. 12.

12 Sobre as necessárias reformas dos moldes do Poder Judiciário hodierno, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “enquanto não forem feitas as reformas necessárias, as deficiências infra-estruturais do Judiciário fatalmente continuarão acarretando o retardamento dos julgamentos, a realização tardia dos objetivos da justiça ou até mesmo a sua ineficiência; o desprestígio e a perda de confiança no Judiciário por parte da coletividade, e a busca de outros meios para se conseguir justiça, provocando, muitas vezes, a volta à justiça privada, feita pelas próprias mãos” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147).

13 Nesse diapasão, Ada Pellegrini Grinover assevera que “a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os

(fenômeno que Paulo Cesar Santos Bezerra denomina de “custo social”<sup>14</sup>).

Nesse contexto, surge o tema do “descenso à justiça”, expressão criada por Carreira Alvim para significar o direito fundamental à “saída” do Poder Judiciário em tempo hábil<sup>15</sup> e com satisfatória prestação de tutela jurisdicional, o que está umbilicalmente ligado à efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), pois, hodiernamente, a intempestividade da tutela jurisdicional tem constituído um dos principais obstáculos na busca da tão almejada ordem jurídica justa.

No mesmo contexto, Roberto Portugal Bacellar preleciona:

Com a ampliação e as novas aplicações do conceito de sustentabilidade, surgiu a idéia de lançar reflexões sobre o Poder Judiciário [...]. A judicialização ou jurisdicização das relações sociais é uma realidade. Mais de 17 milhões de causas ingressam nos juízos brasileiros anualmente. Abriam-se as portas da justiça ao cidadão comum (a partir dos juizados de pequenas causas, depois com os juizados especiais estaduais, seguidos pelos juizados especiais federais...). Porém, além do acesso, há necessidade de saída da justiça. O índice de congestionamento dos tribunais é alarmante e a cada ano aproximadamente quatro milhões de causas se acumulam sem chegarem ao julgamento. [...] Abrir as portas da justiça é uma prioridade; entretanto, incentivar a saída da justiça com soluções pacíficas gerais (“dentro” e “fora” do processo) é uma necessidade<sup>16</sup>. (grifo nosso)

É inquestionável a existência de nefastas consequências decorrentes da extemporaneidade na prestação da tutela jurisdicional, principalmente para as camadas economicamente desfavorecidas. A intolerável eternização do processo gera grande desigualdade entre as partes, haja vista que: a) a resistência da parte rica à longa tramitação processual é muito mais acentuada que a da parte pobre, ou seja, o processo longo beneficia apenas a camada mais abastada da sociedade; b) a longa tramitação processual pressiona a parte economicamente mais fraca a desistir de ingressar em juízo, a desistir da ação já iniciada ou, ainda, a aceitar acordos irrisórios por seus direitos, pois, como se diz, na cultura popular, que retrata perfeitamente essa situação, “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”.

No plano empírico, o processo tem o poder de, no caso em concreto, por em evidência o jogo do capitalismo, os privilégios e desmandos de minorias, o condicionamento

---

detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e juizados de pequenas causas – deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 177).

- 14 BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185 e seguintes.
- 15 ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descenso. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. v. 21. n. 73. jan/jun.2003. Niterói: Impetus, 2003, p. 165/183.
- 16 BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça* / Coordenadores: Paulo Borba Casella; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-86.

do exercício dos direitos substanciais às ilegítimas acumulações de riquezas e à obtenção de lucros abusivos<sup>17</sup>.

Dessa forma, pode-se afirmar, sinteticamente, que a excessiva demora na prestação jurisdicional é uma das grandes fontes de injustiça e de exclusão social encontradas na realidade contemporânea, razão pela qual urge a necessidade de estudos constantes, atualizados e aderentes aos problemas vividos pela sociedade (principalmente pela parcela mais desfavorecida economicamente) em relação a toda essa problemática.

De nada adianta construir um enorme arcabouço jurídico, que abarque largamente os direitos materiais, se não existirem instrumentos efetivos para a sua concretização no seio social, ou melhor, se não possibilitarem o exercício dos direitos substanciais por todas as camadas sociais, de forma igualitária.

Ademais, assim como o processo deve ser tido como um instrumento em relação ao direito substancial tutelado, o direito à razoável duração do processo deve ser considerado como um direito fundamental instrumental, porquanto sua inefetividade implica a inefetividade de todos os outros direitos fundamentais. Negar a sua realização faz com que todos os outros direitos conquistados duramente ao longo da história também sejam negados.

Assim sendo, a negação de acesso à justiça (e à tutela jurisdicional tempestiva) ocasiona a grave negação do exercício da cidadania, uma vez que de nada adianta conferir direitos meramente formais a todos os cidadãos, deve-se também colocar à disposição destes mecanismos eficientes e céleres de concreção desses direitos.

É relativamente antiga a tendência global em buscar um processo efetivo e justo, que seja capaz de resolver, em tempo hábil, o conflito de interesses colocado sob o crivo do Judiciário, não sendo exclusividade do Brasil a preocupação com a morosidade da tramitação processual e do julgamento de lides. Ao contrário, vários outros países têm se debruçado sobre o assunto, na tentativa de encontrarem as possíveis causas para esse turbilhão de processos engarrafados em todas as instâncias do Judiciário e, também, procurarem por possíveis soluções que visem gerar celeridade aos processos, sem, contudo, ignorar a preservação de todos os outros direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

---

17 Nesse sentido, Marc Galanter: “[...] higher paid lawyers get better results for their clients; [...] the lawyers do not work as hard for poor clients as for clients who are rich; [...] These popular views of law manifest an appreciation of its dual character as an authoritative expression of shared values and as a technical instrument used to pursue advantage – one used most effectively by those with other resources. Law beckons us with the promise of giving force to our ‘shared values’, but ends up disappointing us by reflecting our differences and ambivalence” (GALANTER, Marc. *Law abounding: legalisation around the North Atlantic. The modern law review*, volume 55, January 1992, p. 23-24).

É certo que cada processo tem seu tempo, um lapso temporal para que o magistrado possa chegar a um veredicto e, ainda, para que as partes possam exercer tantos outros direitos fundamentais que a Constituição lhes assegura. Negar isso seria o mesmo que tentar “robotizar” os juízes e acabar com as garantias das partes, que são tão caras ao Estado Democrático de Direito.

Entretanto, não pode ser ignorado o fato de que ainda existem muitas falhas a serem corrigidas, hipóteses a serem (re)pensadas e medidas a serem tomadas. Como afirma Cássio Scarpinella Bueno, ao tratar do princípio constitucional em comentário:

Trata-se, nestas condições, de verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes [...], sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos<sup>18</sup>.

Assim, não se pode esperar que a solução de todos esses problemas relacionados ao descesso à justiça venha, por exemplo, com a edição de resoluções ou de outros atos administrativos pelo Conselho Nacional de Justiça. Apesar da boa intenção, crê-se que a adoção de determinadas medidas, tais como as tão discutidas “metas” do Conselho Nacional de Justiça, sejam apenas um começo para se pensar essa problemática, não podendo ser encaradas como uma panaceia.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça não pode acabar com o problema da morosidade da justiça com o pronunciamento de uma resolução ou de simples frase: “Faça-se a luz!”. Contudo, é exatamente isso o que vem ocorrendo, pois metas são editadas sem um prévio conhecimento da realidade vivida pelo Poder Judiciário em primeira instância, como se todos os problemas pudessem ser resolvidos de cima para baixo, quando o correto seria exatamente o oposto! O problema do descesso à justiça, que deve ser visto como verdadeiro direito fundamental, não pode ser encarado de forma simplista e superficial.

Nas palavras de Paulo Cesar Santos Bezerra:

Essa mudança de postura, de “eu te processo”, que assusta o causador do dano, que, nos países de primeiro mundo, logo se preocupam em compor o lesado, para “vá procurar seus direitos” que, nos países que maltratam o direito do cidadão, assusta o lesado que sabe que percorrerá longo e demorado calvário, além de enfrentar despesas, para ver restabelecido seus direitos, já foi detectada<sup>19</sup>.

Diante desse contexto, mostram-se variadas as tentativas de reformar os sistemas

---

18 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 1º. vol, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 147.

19 *Op. cit.*, p. 182.

judiciais. Por meio de uma análise comparada e de estudos de sociologia da administração da justiça, realizados por João Pedroso, podem-se enquadrar essas reformas em quatro modalidades:

O primeiro é defendido, em regra, pelos profissionais e a solução reside no aumento quantitativo dos recursos (“mais tribunais”, “mais juízes”, “mais funcionários”) e tem como obstáculo a incapacidade financeira do Estado para alargar indefinidamente o orçamento da justiça. O segundo é essencialmente defendido pelos cientistas sociais, administradores e políticos, para os quais a solução é uma reforma “tecnocrática e gestonária”, que consiste numa melhor gestão dos recursos, o que envolverá alterações na divisão do trabalho judicial, a delegação do trabalho de rotina e um processo judicial mais expedito. Tais soluções tendem a ser inviabilizadas por magistrados e advogados, mais preocupados com a eventual perda do controlo da actividade judicial (*sic*), e que resistem de forma passiva através das rotinas estabelecidas e dos interesses que elas acabam por criar e reproduzir. O terceiro aposta na reforma da “inovação e tecnologia”, na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com sofisticadas inovações técnicas, que vão do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, das técnicas de planeamento de longo prazo à elaboração de módulos de cadeias de decisão. Estas reformas envolvem a criação de novos perfis profissionais e novas formas processuais, pelo que, se aplicadas, produzirão alterações profundas na organização do trabalho e no actual sistema de autoridade e hierarquia. O quarto tipo de reformas caracteriza-se pela elaboração de “alternativas” ao modelo formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça. Os novos modelos emergentes têm constituído o movimento ADR (Alternative Dispute Resolution, ou mais recentemente, Amicable Dispute Resolution), consistindo na criação de processos, instâncias e instituições descentralizadas, informais e desprofissionalizadas, que permitem desviar a procura dos tribunais para outras instâncias públicas ou privadas<sup>20</sup>. (grifo nosso)

Diante da crise vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, faz-se necessário observar quais dessas soluções estão sendo adotadas pelo Brasil para vencer os obstáculos existentes à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e, de forma mais específica, do próprio direito à razoável duração do processo.

## **PODER JUDICIÁRIO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO**

O Estado brasileiro, ao se deparar com os problemas enfrentados pelo sistema judiciário nacional, tem adotado, de forma preponderante, as seguintes medidas para o enfrentamento da crise: a) adoção de novas técnicas processuais, especialmente as de sumarização de procedimento; b) aumento estrutural e de recursos humanos do Poder Judiciário; c) aumento da estrutura tecnológica do Poder Judiciário.

No que diz respeito ao primeiro ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso, ao analisar o movimento reformista brasileiro, em especial a tendência de sumarizar o processo por meio de novas técnicas, faz uma importante advertência:

[...] julgamentos de ações por mutirão, em primeiro grau, e, de recursos, em bloco nos Tribunais, inclusive nos Superiores (CPC, arts. 543-B e C); rejeição liminar de ações, com reprodução da sentença de improcedência proferida em casos idênticos (CPC, art. 285-A);

20 PEDROSO, João. *Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial*. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra: Coimbra, [20--]. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/171.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/171.pdf)>. Acesso em 18 de maio de 2016, p. 13-14.

trancamento de apelações interpostas contra sentença afinada com súmula do STF ou do STJ (CPC, §1.º do art. 518). Tais providências, que vão firmando verdadeira tendência sumarizante, se, por um lado, atendem ao objetivo de “ganhar tempo a qualquer custo”, de outro lado acabam por atritar princípios retores, enfeixados no devido processo legal, a par de expor a tutela jurisdicional ao virtual risco de erros diversos, decorrentes do próprio tratamento massificado, ao que tudo se agrega a angústia de livrar-se da pilha de processos<sup>21</sup>. (grifo nosso)

O autor está correto ao fazer essa observação, pois a busca desenfreada pela tempestividade na prestação jurisdicional não pode atropelar direitos tão caros ao Estado Democrático de Direito, tais como aqueles enfeixados no *due process of law*. Assim, a excessiva sumarização do processo pode conduzir à malfadada injustiça célere.

Já em relação à hiper-judicialização hodiernamente existente, Marc Galanter é categórico ao afirmar que não se pode encará-la como uma força destrutiva que conduzirá o planeta ao seu fim (doomsday). Segundo ele, os padrões contemporâneos de litigiosidade são uma resposta adaptativa à modificação de um conjunto de condições sociais<sup>22</sup>. Em suas palavras, “tem-se esperado dos tribunais o preenchimento do vácuo criado pelo declínio da igreja, família, e unidade da vizinhança”<sup>23</sup>. Mas não é só isso, a consciência sobre os direitos e a cidadania tem crescido sobremaneira nos últimos anos, principalmente após a democratização do país<sup>24</sup>. Por fim, remédios jurídicos tornaram-se disponíveis para vários seguimentos da população que antes tinham poucas oportunidades de utilizar a lei<sup>25</sup>. Assim sendo, o aumento dos índices de litígios judicializados foi um fenômeno natural decorrente da própria evolução e democratização da sociedade, que, de certa forma, já era esperado.

O grande problema existente nos dias atuais é a impossibilidade do Poder Judiciário absorver e dar resposta efetiva, adequada e, principalmente, tempestiva aos milhões de litígios judicializados anualmente, resguardando todos os direitos e garantias inerentes ao processo. É nesse cenário que surge a busca por respostas a esse grande problema social (prestação intempestiva da tutela jurisdicional). Para a solução desta questão, o Estado brasileiro busca,

---

21 *Op. cit.*, p. 476-477.

22 *Cf.*, GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, 31 *UCLA L. Rev.* 4, October – 1983, 34-36.

23 *Ibidem*, p. 02. Texto original: “the courts have been expected to fill the void created by the decline of church, family, and neighborhood unity”.

24 Nesta direção, Humberto Theodoro Júnior: “E por terem consciência de seus direitos à tutela jurisdicional, cada vez mais as pessoas passaram a ir à Justiça e dela exigir a prestação que, de fato, correspondesse à função que as modernas constituições lhe atribuíam” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Associação Brasileira de Direito Processual Civil, 2005. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm](http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm)>. Acesso em 15 de maio de 2016, p. 02).

25 *Cf.*, Marc Galanter, Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society, p. 36.

num primeiro plano, criar e implementar novas técnicas processuais. Para além dessa medida, o Brasil também aposta, numa menor intensidade, no aumento físico-estrutural-tecnológico do Poder Judiciário, buscando ampliar suas estruturas para fazer frente à intensificação do número de demandas ajuizadas. Em relação às alternativas ao modelo formal de administração da justiça, muito pouco tem sido feito se se comparar às demais mudanças.

Tendo em vista tais ponderações, o que se pretende avaliar nesse tópico é a capacidade dessas medidas, que são as mais adotadas no Brasil (implementação de novas técnicas processuais e o aumento físico-estrutural-tecnológico do Poder Judiciário), possibilitarem, por si mesmas, a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo. A pergunta que deve ser feita é a seguinte: por que o processo, mesmo após tantas reformas legislativas e tantos esforços em ampliar estrutural e tecnologicamente o Judiciário, continua moroso?

Iniciar-se-á o assunto pela conclusão: por meio de análises empíricas e estatísticas, pode-se afirmar que, mesmo após tantas modificações legislativas e tentativas de conter a morosidade processual pelo aumento estrutural-tecnológico, ainda não se obteve êxito em proporcionar aos jurisdicionados um processo célere e efetivo. O Poder Judiciário não consegue dar vazão aos milhões de casos que lhe são submetidos anualmente, o que gera um déficit na prestação jurisdicional, ou seja, num lapso de tempo determinado (normalmente a análise é feita anualmente), ingressam no Judiciário mais demandas do que são julgadas, gerando o que se pode nominar de “taxa de congestionamento”. Ao se somarem essas taxas anuais, chega-se a níveis preocupantes de congestionamento de ações no Poder Judiciário, o que certamente gera grande impacto na questão da celeridade do processo.

O Conselho Nacional de Justiça, pela sua pesquisa anual denominada “Justiça em números”, apresenta os indicadores que medem a taxa de congestionamento de processos nas diversas Justiças e instâncias do país. Tomando como exemplo a Justiça Estadual, em 2003, havia uma média de 1.044.385 processos pendentes de julgamento em cada Estado-membro brasileiro, chegando ao assustador índice de 9.822.004 em São Paulo<sup>26</sup>. Em 2004, em números absolutos, foram detectados 24.249.064 processos pendentes de decisão por todo o Brasil, tendo São Paulo alcançado o índice de 10.242.524<sup>27</sup>. Essa defasagem na Justiça vem crescendo drasticamente, ano a ano.

---

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2003, p. 52. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

27 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2004, p. 255. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

Em pesquisa mais recente, relativa ao ano de 2008, chegou-se à surpreendente cifra de 33.145.844 de processos pendentes de julgamento na primeira instância da Justiça Estadual e, novamente, São Paulo contribui com a maior fatia desse valor (14.609.684)<sup>28</sup>.

Em 2009, pode-se aferir que apenas vinte e nove por cento dos processos que tramitavam no Judiciário, de uma forma geral (abarcando todas as Justiças), foram julgados. Segundo o balanço, “o principal gargalo está no total de processos que não são finalizados na primeira instância. De cada 100 processos em tramitação, apenas 24 foram finalizados até o final do ano”<sup>29</sup>. Por espantoso que pareça, o relatório indica que a pior situação encontra-se nos Juizados Especiais, que apresentou uma taxa de congestionamento de noventa por cento (de cada cem ações ajuizadas, apenas dez foram resolvidas). Por fim, apontou-se que, no ano de 2009, havia 86 milhões e 600 mil processos em tramitação no Poder Judiciário, quase vinte e quatro por cento a mais que no ano de 2008. Deste total, foram computados que 25 milhões e 500 mil são novos casos<sup>30</sup>. Dados mais recentes, como visto acima, apontam para a existência de estonteantes 99.707.250 processos em andamento no Poder Judiciário brasileiro<sup>31</sup>.

De toda sorte, observou-se que o número de feitos que aguarda apreciação judicial está em constante crescimento. Sobre o assunto, manifesta-se Jasson Ayres Torres:

O volume de processos que ingressa a cada ano, em todas as esferas do Judiciário brasileiro, soma-se ao resíduo existente, contribuindo essa aglutinação para dificultar a entrega de uma jurisdição mais rápida, prejudicando, dessa forma, o tão almejado acesso à Justiça. Ocorre que aumenta o número de ações propostas a cada ano, mas a estrutura do Poder Judiciário não se harmoniza para um efetivo atendimento. [...] o crescimento dos processos ocasiona uma desproporção, porque o número de feitos julgados fica aquém do número de causas que ingressam, aumentando os resíduos e, com isso, gerando um clima de insatisfação e descrença na Justiça, por mais esforço e trabalho dos operadores do direito. O aumento populacional, o crescimento dos problemas, inclusive em complexidade, dificultam uma solução mais rápida do litígio. Não se pode olvidar a existência de milhares de casos que nem chegam ao conhecimento do Poder Judiciário, mas que estão a exigir providências do Estado e meios para solucionar situações reprimidas e que, sem dúvida, são geradoras de outros conflitos e injustiças<sup>32</sup>. (grifo nosso)

Obviamente, o aumento do congestionamento de causas no Poder Judiciário faz com que haja também um aumento na demora da prestação jurisdicional, o que pode ser aferido pela figura a seguir:

---

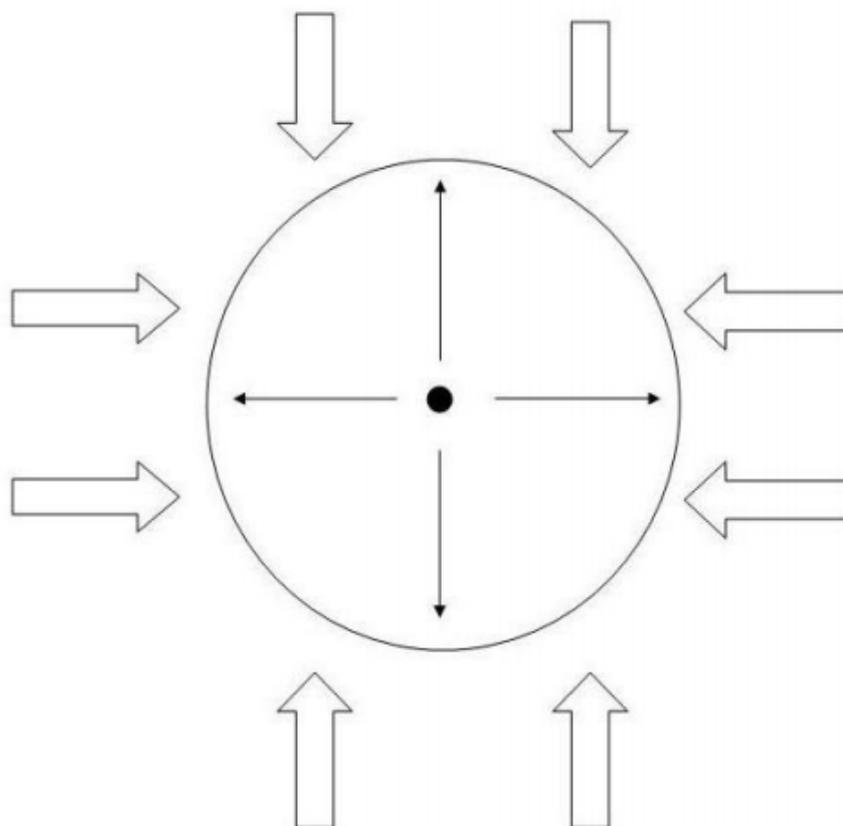
28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2008, p. 263. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

29 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2009, p. 179. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

30 *Ibidem*, p. 182 e seguintes.

31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília, 2015. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

32 TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 44.



Como expresso graficamente, o déficit existente entre o ingresso e o julgamento de causas faz com que o número de ações em circulação no Poder Judiciário cresça (aumento no raio da circunferência) e, conseqüentemente, aumente o tempo necessário para o julgamento de um processo (tempo que o processo levará para percorrer a circunferência).

Visto isso, chega-se à conclusão de que as inúmeras reformas processuais e o aumento estrutural-tecnológico do Poder Judiciário não foram suficientes para garantir a celeridade processual. Contudo, pergunta-se: por que a implementação de novas técnicas processuais e o aumento estrutural, físico e tecnológico do Judiciário são insuficientes para a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo?

Primeiramente, é possível afirmar que as reformas e técnicas processuais implantadas no direito processual civil brasileiro, desde o início da década de 1990, não foram suficientes para a obtenção do ideal de celeridade processual perseguido. Não se menospreze, porém, a grande importância das reformas havidas, pois em virtude delas o Brasil possui, hodiernamente, um dos melhores e mais modernos sistemas processuais do mundo. Todavia, “ao extraordinário progresso científico da disciplina processual não correspondeu o

aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça”<sup>33</sup>. De qualquer maneira, faz-se mister buscar, sempre, a adequação do processo à realidade existente, constantemente mutável, e, nesse ponto, as reformas processuais foram imprescindíveis.

Não obstante, apesar da boa intenção, crê-se não haver possibilidade de se efetivar o direito à razoável duração do processo pela pura e simples modificação da legislação processual. As reformas legislativas são incapazes de solucionar a crise existente, se não forem acompanhadas de uma profunda reforma na própria estrutura do Poder Judiciário. Como pondera Humberto Theodoro Júnior:

[...] 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. [...] Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos? [...] Não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do processo. O tão sonhado processo justo, que empolgou e dominou todos os processualistas no final do século XX continua a depender de reformas, não de leis processuais, mas da justiça como um todo<sup>34</sup>.

Boaventura de Sousa Santos, nesse mesmo sentido, é enfático ao prelecionar que

A análise da duração média dos processos civis e a conseqüente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais nos nossos dias. [...] o facto é que se tem vindo a verificar um aumento constante da duração média dos processos civis. E mais intrigante é o facto de este aumento se revelar resistente, não só às inovações parciais que o procuram controlar, mas também em relação às reestruturações globais do processo tendentes a eliminar por completo a lentidão da justiça. [...] Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panaceia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros fatores quiçá mais importantes<sup>35</sup>. (grifo nosso)

O que se quer afirmar, neste momento, pode ser melhor visualizado por meio de um exemplo, trazido pela doutrina, do que ocorre com a construção de uma rodovia: se ela resultar muito atraente (bem asfaltada, com múltiplas faixas, iluminada, sem curvas acentuadas, sem pedágio), todos os condutores de veículos irão procurá-la, abandonando as estradas vicinais congestionadas, e com isso, logo a estrada principal e recém-construída (main road) estará congestionada, esburacada e com outros inúmeros problemas<sup>36</sup>. Talvez, no

33 *Op. cit.*, Humberto Theodoro Júnior, p. 13.

34 *Ibidem*, p. 11-17. Nessa vertente, Alexandre Freitas Câmara: “Fique registrado nosso entendimento segundo o qual a crise do processo não é a crise das leis do processo. Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário. É preciso, isto sim, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar tutela jurisdicional, o que exige vontade política para mudar o atual estado de coisas” (*Lições de direito processual civil*. Volume I, 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 60 – grifo nosso).

35 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 169.

36 *Cf.*, Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 31.

início, a rodovia funcione bem, quando ainda poucos dela se utilizam, mas com o passar do tempo, certamente, terá os mesmos problemas das demais rodovias.

Assim também funcionam as reformas processuais em relação à celeridade processual. Talvez, no início, elas funcionem bem, proporcionando um processo relativamente tempestivo e efetivo, mas, com o passar dos anos, o problema voltará à tona. Para se comprovar isso, basta que se analise a situação dos Juizados Especiais no Brasil, que apresentaram, no ano de 2009, a maior taxa de congestionamento de todo o Poder Judiciário (como visto, cerca de noventa por cento).

Não podem ser descartados, contudo, os efeitos positivos das reformas processuais. É certo que modificações processuais são sempre necessárias para manter o direito processual rente à realidade no qual se encontra imerso, bem como adequado à tutela dos direitos materiais. O erro que não se deve cometer, frise-se, é crer que se atingirá a celeridade na tramitação dos processos por meio de meras reformas no sistema processual. José Carlos Barbosa Moreira diz ser um grande equívoco pensar que

A chave para abreviar a duração dos processos consiste exclusivamente, ou principalmente, em mudanças na legislação processual. Semelhante ilusão responde pela espantosa catadupa de reformas legislativas, no Brasil e noutros países, ao longo dos últimos tempos, com resultados às vezes melancolicamente decepcionantes. [...] Nunca será demais insistir, contudo, em que é enganosa a idéia mesma de uma solução satisfatória por via legislativa. [...] Do que ficou dito não se infere, é claro, que toda e qualquer mudança na legislação seja irrelevante ou, pior, contraproducente. Infere-se, apenas, que devemos estar prevenidos contra a tentação de jogar todas as nossas fichas nessa aposta<sup>37</sup>.

As modificações no processo, da forma como estão sendo conduzidas, são apenas medidas paliativas num sistema precário que urge por modificações estruturais. Assim, as inúmeras alterações promovidas pelo Estado brasileiro na legislação processual civil, com o fito de tornar o processo mais célere, de nada servirão se forem introduzidas numa justiça viciada, anacrônica e defasada, cuja estrutura não esteja apta à promoção de um efetivo descesso à justiça.

A morosidade da justiça, destarte, não poderá ser solucionada, simplesmente, com reformas e alterações legislativas, por meio de soluções mágicas e instantâneas. É preciso buscar uma administração da justiça moderna e capaz de enfrentar o desenfreado aumento dos litígios no seio social, fazendo com que o Poder Judiciário apresente-se mais aberto, democrático e, de forma eficaz e célere, consiga resolver as controvérsias judicializadas.

Num segundo momento, também é possível defender que o mero aumento estrutural-

---

37 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373-375.

tecnológico do Poder Judiciário, de per si, seja incapaz de promover a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo. Isso se dá por que: a) é impossível o Poder Judiciário crescer na mesma escala que a judicialização, dadas as limitações financeiro-orçamentárias do próprio Estado, ou seja, há de se reconhecer que os recursos estatais são finitos e que estes devem ser aplicados em inúmeras outras áreas; b) o aumento estrutural-tecnológico do Judiciário só tem o condão de retroalimentar a demanda, por exacerbar a cultura contenciosa e desestimular as outras formas de resolução de controvérsias; c) a solução jurisdicional imposta (adjudicada) tem baixo grau de eficácia na resolução dos conflitos, podendo até acirrá-los na maioria dos casos.

Deve-se salientar, ab initio, e para que não se gerem mal entendidos, que não se despreza a importância do crescimento do Poder Judiciário e, muito menos, a necessidade de sua constante informatização e modernização. Tais medidas podem gerar, de certa forma, uma breve agilização na tramitação dos feitos, contudo parecer ser impossível que estas medidas, por elas mesmas, consigam atingir o cerne do problema em questão.

Em relação ao primeiro aspecto, é notório que o incessante e desmesurado crescimento físico-tecnológico do Judiciário vai levando-o a solicitar e consumir parcelas orçamentárias cada vez mais amplas e importantes, as quais, de outra maneira, poderiam ser empregadas em prestações primárias, aderentes às necessidades basilares da população brasileira, tais como: saúde, educação, transporte público, saneamento básico, segurança pública. Ademais, a promoção do gigantismo da máquina judiciária, além de não resolver o problema em sua essência, ainda resulta em agravá-lo, uma vez que incorre no aumento extraordinário do custeio, sem que o destinatário final (jurisdicionado) acabe satisfatoriamente atendido em termos de celeridade processual e de qualidade na resposta judiciária. Na realidade, como assevera Rodolfo Mancuso, “é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais processos = mais crescimento físico da máquina judiciária)”<sup>38</sup>.

Sob esse prisma, Humberto Theodoro Júnior diz que

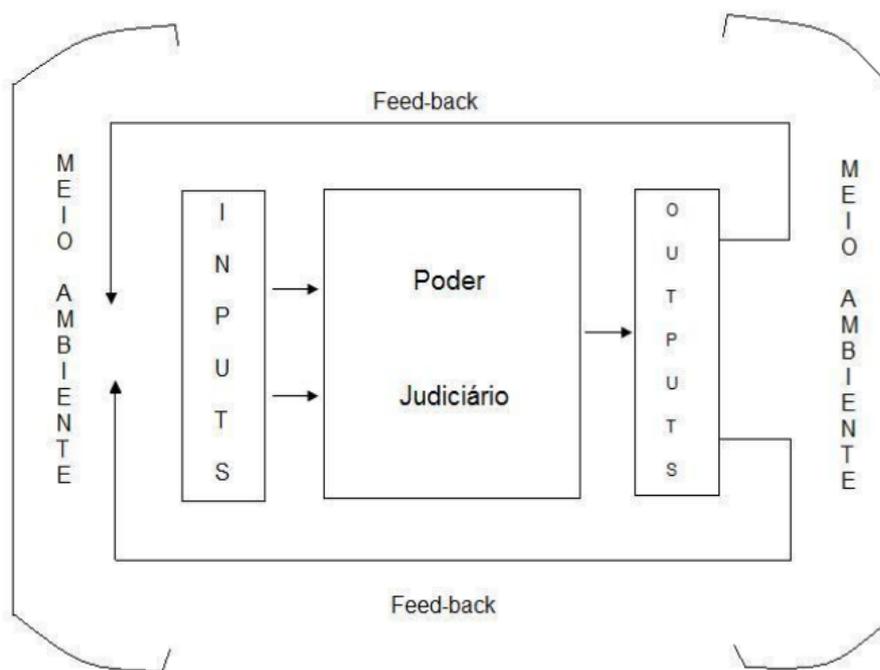
Tanto entre os franceses como entre os alemães há um consenso de que não se deve admitir a solução do agigantar do volume dos processos por meio de “uma expansão indefinida do número de juízes”. Os custos dessa perpétua ampliação dos órgãos judiciários são insuportáveis mesmo para os países mais ricos. Entre nós, também, vozes abalizadas reconhecem que não será pela via do simples crescimento numérico dos juízes que se terá de enfrentar o problema social da impotência da Justiça para dar vazão satisfatória à gigantesca e

---

38 *Op. cit.*, p. 26.

sempre crescente demanda pela prestação jurisdicional<sup>39</sup>.

Para além dos argumentos alinhavados, afirma-se que o simples aumento estrutural-tecnológico é incapaz de promover a almejada celeridade processual porque, em última análise, o Poder Judiciário constitui um verdadeiro sistema autopoiético<sup>40</sup> (do grego auto poiesis, ou seja, autocriação), no sentido de que o sistema judiciário se retroalimenta. Tal observação pode facilmente ser visualizada na representação gráfica apresentada por Aurélio Wander Bastos<sup>41</sup>:



Como se denota do esquema apresentado, o Poder Judiciário tem a incumbência de processar uma série de conflitos surgidos na sociedade (meio ambiente – inputs) e produz, por meio de seus mecanismos de conversão, na imensa maioria das vezes, decisões que são

39 *Op. cit.*, p. 12.

40 Nesse sentido, Francisco Carlos Duarte afirma que “à luz da Teoria da Sociedade, o aparato judiciário é considerado como uma organização autopoiética, operativamente fechada, que produz e atua decisões no sistema funcional do direito” (DUARTE, Francisco Carlos. *Management judicial: a nova gestão judicial*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 102-103).

41 BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 89.

impostas às partes que disputam uma lide (outputs – meio ambiente). Todavia, em virtude de alguns fatores, essas soluções jurisdicionais adjudicadas acabam por promover a retroalimentação (feedback) do sistema, fazendo surgir um ciclo, que, no caso do Judiciário, poderia ser taxado de “círculo vicioso”<sup>42</sup>.

O primeiro desses fatores encontra-se ligado ao princípio dispositivo (artigos 2º, 141 e 492 do Código de Processo Civil de 2015), que diz ser de incumbência das partes a fixação do âmbito da matéria a ser levada para solução em juízo, não sendo lícito ao magistrado decidir fora (extra), além (ultra) ou aquém (citra) do pedido. Assim, as partes, e eventualmente terceiros, determinam o que será levado à cognição e à apreciação pelo juiz, ou seja, a oferta da prestação jurisdicional pelo Estado é feita no limite e na dimensão em que ela vem requisitada. Tal princípio encontra-se conectado à característica da inércia da jurisdição.

Entretanto, ao contrário do que possa parecer, não é o conflito inteiro, como surge ao interno da vida em sociedade (crises de segurança, certeza, satisfação), que se traslada para o plano jurisdicional, mas, de fato, somente porção ou a parcela dele que, uma vez tornado litigioso o *thema decidendum*, acaba por configurar a lide. Sobre esse aspecto, Rodolfo Mancuso preleciona que

Esse *déficit* – quantitativo e qualitativo – entre as dimensões da inteira controvérsia e da lide judicializada é uma relevante concausa da baixa eficiência hoje atribuída à decisão de mérito na jurisdição contenciosa estatal – a chamada solução adjudicada –, justamente porque o que fica “resolvida” é tão-só a crise jurídica (assim mesmo em termos, dados os percalços e incertezas que cercam a fase jurissatisfativa), ficando em aberto não só as crises de outra natureza (sócio-político-econômica), mas também os demais pontos conflitivos periféricos, deixados de fora em decorrência daquele *déficit* antes referido, associado à exigência da estabilização do objeto litigioso ao final da fase postulatória, composto pelo desenho exposto pelas partes. A solução adjudicada, aderente à “cultura demandista”, é condicionada pelas reduções de complexidade antes mencionadas (assim como o “mapa não é o território”, a ação judicial não reflete a inteira controvérsia) e por isso não resulta dirimida a litigiosidade remanescente [...]<sup>43</sup>.

Como visto, a ação possui um objeto litigioso (mérito) de desenho muito menor do que o universo de pontos conflitivos existentes entre as partes do processo. Dessa maneira, os aspectos da controvérsia deixados em aberto são exacerbados pela própria judicialização do conflito, criando, entre as partes, um ambiente de ressentimentos, mágoas e vingança, o que

---

42 Nesse sentido também a doutrina: “Do que se vem expondo resulta que, em sede de política judiciária, é um grave equívoco centrar a estratégia no foco do singelo tratamento massivo dos processos, tomando a carga judiciária em dimensão apenas quantitativa: por aí, a verdadeira causa do problema – a insuflada demanda por justiça – não fica investigada nem resolvida, e, por isso mesmo, a curto ou médio prazo se reapresentam as conseqüências, provavelmente exacerbadas, porque, como antes dito, o aumento da oferta da prestação jurisdicional acaba por retroalimentar a demanda, num perverso círculo vicioso” (*Op. cit.*, Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 25).

43 *Op. cit.*, p. 461-462.

cria uma pré-disposição para o surgimento de novos conflitos e, conseqüentemente, novas demandas, num ciclo praticamente infinito (retroalimentação do sistema).

Outro fator reside na insuficiência da solução adjudicada para a obtenção da paz na sociedade. Isso porque a resolução estatal de uma lide, ao invés de conseguir promover o escopo social da jurisdição, normalmente propicia o acirramento dos ânimos das partes envolvidas, já antes inflamados pela judicialização do conflito (de viés adversarial), por convertê-las em vencedor e vencido no final do embate em juízo.

Roberto Portugal Bacellar frisa a necessidade de se lembrar “que milhares de indivíduos, empresas e órgãos têm valores a preservar e que necessitam manter relacionamentos” e, por isso, “algumas vezes, não será suficiente uma decisão (solução heterocompositiva) e esta, dependendo do seu teor, gerará um rompimento indesejado de relações”<sup>44</sup>. No mesmo sentido, novamente, Rodolfo Mancuso:

A facilitação do acesso à Justiça não é sinônimo de e não deve levar à prodigalização ou à banalização desse meio de resolução de conflitos, o qual empenha parcelas cada vez mais importantes do orçamento estatal e que, quando logra adentrar o mérito da lide, oferta solução impactante, que polariza as partes em vencedor e vencido, a par de apresentar uma mirada retrospectiva, que não pensa o porvir e não preserva a continuidade das relações, não raro perenizando as desavenças ou lançando os gérmenes de conflitos futuros<sup>45</sup>. (grifo nosso)

Logo, infere-se que esse aumento da conflituosidade entre as partes, decorrente da solução adjudicada, certamente redundará em novos litígios, novas ações, novos processos, enfim, a história torna a se repetir indefinidamente (autopoiese).

As estratégias que dentre nós vêm sendo adotadas e implementadas, em termos de administração da justiça, mostram-se focadas na vertente quantitativa do problema (volume excessivo de processos): ao aumento da demanda se intenta responder com um incessante crescimento da base físico-estrutural do Judiciário (mais fóruns, mais juízes, mais equipamentos de informática, enfim: mais custeio), sem que se perceba que tal estratégia muito se aproxima do popular “enxugar gelo”, ao mesmo tempo em que agrava a situação existente, na medida em que o aumento da oferta acaba por retroalimentar a judicialização.

Visto todo esse cenário, no qual a sociedade brasileira encontra-se imersa, crê-se ser possível afirmar, com razoável margem de acerto, que o simples aumento estrutural-tecnológico do Poder Judiciário, bem como a implementação de inúmeras novas técnicas por meio de reformas processuais, mostram-se insuficientes para a promoção da tempestividade processual, uma vez que o aparato judiciário é incapaz de dar vazão às inúmeras demandas

---

44 *Op. cit.*, p. 88.

45 *Op. cit.*, p. 30-31.

ajuizadas anualmente (sempre o número de processos solucionados é inferior ao número de ações ajuizadas, o que gera uma taxa de congestionamento ascendente) e, ao mesmo tempo, retroalimenta-se ciclicamente em virtude de suas características (julgamento de apenas parcela do conflito que, pela sua natureza adjudicatória, não é capaz de realmente pacificar as partes<sup>46</sup>).

Dessa forma, como bem defende Humberto Theodoro Júnior, é necessário “conscientizar-se de que o aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis”, e, principalmente, salienta que “a solução para o mal da demora dos processos, seja aqui, seja na Europa, terá de ser procurada por outras formas”<sup>47</sup>.

O relativo fracasso experimentado pelas posturas estatais adotadas nos últimos vinte anos não pode servir de desestímulo à busca de uma solução adequada. Ao contrário, essas experiências não tão promissoras podem servir para o aprendizado e o aperfeiçoamento do atual modelo de administração da justiça. O que não se pode admitir, todavia, é a perene e exclusiva insistência em métodos que atacam simplesmente as consequências, esquecendo-se das verdadeiras causas do problema em foco.

A busca por soluções que atinjam o cerne da questão é um caminho muito mais amplo e complexo que a mera procura por remédios que se proponham a extirpar, de maneira instantânea, os efeitos gerados pelo problema (a lentidão da tramitação dos processos). O primeiro caminho é longo e difícil, mas pode trazer frutos duradouros, o segundo é curto e veloz, contudo não impede que os males advindos do problema voltem à tona com a mesma velocidade.

Crê-se que o Brasil tende a tomar insistentemente o segundo caminho, seja por meio das inúmeras modificações na legislação processual, seja pelo aumento físico-estrutural-tecnológico do Poder Judiciário, sempre com o fito de conter a avalanche de litígios judicializados anualmente. Como justificado alhures, tais atitudes são insuficientes para a promoção e efetivação do direito fundamental à razoável duração dos processos.

Cabem aos estudiosos do Direito, com criatividade e ousadia, a criação ou a procura por novos meios, novos caminhos, novos métodos, enfim, novas alternativas aptas a promover

---

46 Como reconhecido pela própria Secretaria da Reforma do Judiciário: “o modelo atual de intervenção da Justiça - de cunho paternalista e focado na adjudicação e imposição de soluções - caracteriza-se, não raro, por um baixo grau de eficácia na resolução do conflito de interesses posto em juízo” (*Reforma do Judiciário: Perspectivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, p. 37).

47 *Op. cit.*, Humberto Theodoro Júnior, *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*, p. 12.

uma solução adequada e duradoura ao grave problema da morosidade processual, que gera incontáveis reflexos negativos sobre toda a sociedade, principalmente, sobre suas camadas mais pobres, que se encontram frequentemente alijadas dos direitos inerentes à pessoa humana e necessários para a concepção de uma vida digna. As medidas contemporaneamente tomadas pelo Estado são paliativas e em quase nada servem para a modificação desse quadro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A propalada crise vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, em virtude da estrutura judiciária adotada (calcada quase que exclusivamente na utilização do processo judicial), gera inúmeros malefícios para o corpo social, especialmente para os menos favorecidos (social, cultural e economicamente), que são contados aos milhões no Brasil.

As causas desse fenômeno são múltiplas, sendo possível destacar como principal a cultura demandista brasileira, que enxerga o processo judicial como a única e melhor saída para todo e qualquer impasse surgido no seio social. Assim, o aumento do número e do alcance das leis, o aumento do número de advogados e de sociedades advocatícias, o crescimento populacional e sua maior conscientização, a maior informação sobre a legislação e a maior velocidade de sua circulação, o crescimento do número de transações civis e comerciais, dentre outras circunstâncias, quando somadas à cultura judiciarista vigente, acabam redundando na denominada hiper-judicialização. Esta, por sua vez, diante das óbvias limitações fáticas enfrentadas pelo Poder Judiciário, gera uma crescente morosidade processual, praticamente inevitável pelos meios tradicionais de resolução de controvérsias.

Diante desse cenário intolerável, o Estado brasileiro busca resolver tal problema pela implementação de inúmeras novas técnicas processuais e pelo aumento estrutural-tecnológico do Poder Judiciário. Contudo, tais providências tomadas pelo Brasil são absolutamente insuficientes para a solução desse intrincado problema, pois: a) o progresso das técnicas processuais não foi acompanhado pelo aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça; b) as reformas legislativas são apenas medidas paliativas, posto que podem resolver o problema apenas num curto espaço de tempo; c) é impossível o Poder Judiciário crescer na mesma escala que a judicialização, dadas as limitações financeiro-orçamentárias do próprio Estado; d) o aumento estrutural-tecnológico do Judiciário só tem o condão de retroalimentar a demanda, por exacerbar a cultura contenciosa e desestimular as outras formas de resolução de controvérsias (modelo judiciário autopoietico, calcado no

binômio vencedor/perdedor); e) a solução jurisdicional imposta tem baixo grau de eficácia na resolução dos conflitos, podendo até acirrá-los na maioria dos casos, ou seja, a solução adjudicada obtida por meio de um processo judicial não gera uma adequada pacificação social.

Frustradas essas tentativas, ou ao menos demonstrada sua baixa efetividade, devem ganhar espaço, em nossa sociedade, meios que sejam alternativos à prestação jurisdicional tradicional, baseados na construção de consensos e numa lógica binária oposta a do processo judicial formal (vencedor/vencedor). Mostra-se imprescindível, portanto, uma verdadeira mudança de paradigmas na seara da Administração da Justiça brasileira.

Somente por meio da diminuição da retroalimentação do sistema judiciário (notadamente autopoiético nos dias de hoje, pois o processo judicial só consegue por fim à crise jurídica), o fenômeno da hiper-judicialização diminuiria drasticamente, ocasionando, por uma via reflexa, a maximização de direitos fundamentais, tal como o direito à razoável duração dos processos e de acesso à justiça.

Dessa maneira, com a desobstrução do Poder Judiciário e a utilização do processo judicial somente para os casos que realmente necessitem de intervenção estatal (fonte subsidiária), os processos poderiam transitar celeremente pelos seus respectivos procedimentos e as pessoas teriam maior acesso à almejada ordem jurídica justa, quebrando-se (ou ao menos atenuando-se) o ciclo de autopeiose do sistema judiciário.

## **REFERÊNCIAS**

ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. v. 21. n. 73. jan/jun. 2003. Niterói: Impetus, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Coordenadores: Paulo Borba Casella; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 1º. vol, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Volume I, 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília, 2004 a 2015. Disponível em: . Acesso em 15 de maio de 2016.

DUARTE, Francisco Carlos. Management judicial: a nova gestão judicial. Curitiba: Juruá, 2002.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005, volume I, tomo I / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006.

\_\_\_\_\_. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil. In International Conference on Law and Justice in the 21st Century. Coimbra, 29 to 31 May 2003.

GALANTER, Marc. Law abounding: legalisation around the North Atlantic. In The modern law review, volume 55, January 1992.

\_\_\_\_\_. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. In UCLA Law Review, 31 UCLA L. Rev. 4, October – 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizados de pequenas causas – deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In Temas de direito processual: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra: Coimbra, [20--]. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/171.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/171.pdf)>. Acesso em 18 de maio de 2016.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. Opinião Pública. Campinas, vol. X, n. 1, maio de 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SECRETARIA DA REFORMA DO JUDICIÁRIO. Reforma do Judiciário: Perspectivas. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. Associação Brasileira de Direito Processual Civil, 2005. Disponível em: <[www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm](http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm)>. Acesso em 15 de maio de 2016.

TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

# **POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO: TEORIA DO DIREITO LEGITIMADORA DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA**

Artur César de SOUZA  
Jéssica Amanda FACHIN

## **RESUMO**

O presente trabalho estuda o positivismo jurídico a partir de Norberto Bobbio, compreendendo-o, então, por três vertentes: positivismo jurídico como modo de estudar o direito, como ideologia do direito e como teoria do direito. Trará a concepção de positivismo jurídico por essas três vertentes, bem como as principais críticas destinadas a cada uma delas. Feita as devidas reflexões, se apontará, no positivismo jurídico como teoria do direito pensamento legitimador de um sistema de precedente judicial para que as decisões do Poder Judiciário sejam, por essa teoria, consideradas como fonte do direito. Desse modo, o presente estudo busca fazer uma relação entre positivismo jurídico e precedente judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** positivismo jurídico, precedente judicial, Norberto Bobbio.

## **ABSTRACT**

El presente trabajo estudia el positivismo jurídico a partir de Norberto Bobbio, comprendiéndolo, pues, por tres vertientes: positivismo jurídico como modo de estudiar el derecho, como ideología del derecho y como teoría del derecho. Se traerá la concepción de positivismo jurídico por esas tres vertientes, bien como sus principales críticas destinadas a cada una de ellas. Hecha las debidas reflexiones, se apuntará, en el positivismo jurídico como teoría del derecho pensamiento legitimador de un sistema de precedente judicial para que las decisiones del Poder Judicial sean, por esta teoría, considerada como fuentes del derecho. De ese modo, el presente estudio busca hacer una relación entre positivismo jurídico y precedente judicial.

**KEY-WORDS:** positivismo jurídico, precedente judicial, Norberto Bobbio.

## **INTRODUÇÃO**

O positivismo jurídico tem sido constantemente tomado, no que concerne sua teoria, para reflexões jurídicas na atualidade.

Embora grande parte do corpo jurídico brasileiro desvirtue, em grande medida, seu movimento e o compreenda de forma um pouco equivocada, é preciso que se façam algumas ponderações do que se chama positivismo jurídico.

Para tanto, se buscou nos pensamentos de Norberto Bobbio a compreensão de positivismo jurídico, com o intuito de servir como teoria do direito legitimadora do precedente judicial como fonte do direito.

Norberto Bobbio divide o positivismo jurídico sob três vertentes, se assim pode-se

dizer, tais quais o positivismo jurídico como teoria, como ideologia e como modo de estudar o direito.

Pela primeira, o positivismo jurídico como teoria – que é que quer dar destaque a este trabalho – compreende a necessidade de um sistema de precedente judicial para que as decisões judiciais possam, então, ser consideradas como fonte do direito.

Portanto, dedica-se, este trabalho, ao estudo do positivismo jurídico no sentido de demonstrar ser uma teoria que aponte, em dadas circunstâncias, a necessidade de um sistema de precedente judicial, como se verá.

## **POSITIVISMO JURÍDICO**

O presente capítulo percorrerá o positivismo jurídico, com base no filósofo italiano, Norberto Bobbio. Nesse sentido, se buscará melhor compreensão deste tema, a fim de demonstrar que inclusive o positivismo jurídico harmoniza-se com uma teoria do precedente judicial obrigatório, ao contrário do que ela muitas vezes, erroneamente, nos remete.

Desse modo, primeiramente, deve-se lembrar, como aponta Hans Kelsen (KELSEN, 1965), que positivismo jurídico não advém de “positivismo” no seu sentido filosófico. Embora seja inegável, segundo Dimitri Dimoulis,

que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador. (DIMOULIS, 2006, p. 66)

ambos apresentam algumas aspirações diferentes, além de a história os separar geograficamente, tendo o primeiro surgido na Alemanha e o segundo na França, de modo que não devem ser confundidos.

Kelsen compreende o positivismo jurídico como uma teoria jurídica que concebe, unicamente, como “direito” o direito positivo, entendendo não ser válida qualquer outra ordem jurídica. (KELSEN, 1965, p. 131).

Norberto Bobbio, em seus ensinamentos, afirma que positivismo jurídico “deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.” (BOBBIO, 1995, p. 15). Desse modo, compreender a significação de direito positivo faz-se substancial para entender o tema.

A individualização do direito entre duas espécies, positivo e natural, permeia a história do direito desde o pensamento clássico (Platão e Aristóteles), o pensamento medieval até o pensamento dos jusnaturalistas no século XVII e XVIII.

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista é marcada pelo surgimento do Estado moderno. Antes de tal advento, a sociedade medieval apresentava-se de forma pluralista, por meio de grupos sociais que contavam com seus próprios ordenamentos jurídicos, como se verá no capítulo seguinte, dedicado ao estudo das fontes nesses períodos.

Era este o estado de natureza, em que vigorava o direito natural, que “não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa”, sendo um direito “permanente, racional e ideal” (BOBBIO, 1997, p. 86).

Após, então, o surgimento do Estado moderno, a sociedade passa a ser monista, constando um direito único estabelecido pelo Estado, através de lei ou do reconhecimento e controle de normas consuetudinárias. Ou seja, a formação do direito mudou, é posta pelo Estado, quando antes pela sociedade civil.

A constituição do Estado, chamado de Estado Civil por Emanuel Kant (KANT, 1993, p. 150) 1, divide os jusnaturalistas quanto ao conteúdo jurídico. Uns, como Hobbes (HOBBS, 1998), e Rousseau (ROUSSEAU, 1996), admitem o surgimento do Estado com a necessária eliminação do estado de natureza, enquanto Locke (LOCKE, 1998), por exemplo, advoga que o estado civil deve possibilitar o exercício dos direitos naturais (por meio da coação), falando em conservação desses.

O direito natural foi perdendo terreno a partir de severas críticas ao jusnaturalismo, no século XIX, pelo movimento chamado historicismo (isso na Alemanha). Mencionado movimento teve origem na escola histórica do direito e foi difundido na Alemanha entre o século XVIII e começo do século XIX. Tendo como grande destaque o pensador Savigny, a escola instruiu o positivismo jurídico.

Na França, surgiram as ideias de codificação, apontadas como necessárias, pelo pensamento iluminista, para dar simplicidade e unidade ao direito, por meio de um legislador universal. Era o jusnaturalismo racionalista, que “considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história” (BOBBIO, 1995, p. 65).

Foi essa corrente filosófica que se apresentou como filosofia natural do direito, aproximou a lei da razão e pregou princípios de justiça universais, os quais instruíram as revoluções liberais, alcançando seu ponto alto com as codificações.

Agora, as leis antigas dariam espaço a um direito “simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem” (BOBBIO, 1995, p. 65).

Desse modo, no final do século XIX, “el derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera” (BOBBIO, 1995, p. 8), de modo que, em linhas gerais, “equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico na primeira metade do século XX.” (BARROSO, in: FACHIN, 2008, p. 105).

### **Aspectos (Significados) do Positivismo Jurídico em Norberto Bobbio**

Com o renascimento do jusnaturalismo, afirma Bobbio, torna-se fundamental conceituar e limitar historicamente o positivismo jurídico, doutrina que se opõe àquela, para que saibamos o que, dela, “se quiere destruir y por otro, qué se quiere conservar”. (BOBBIO, 1999, p. 91).

Baseado em escritos de M. A. Cattaneo, Bobbio sugere três aspectos do positivismo jurídico, tais qual o positivismo jurídico como modo de se aproximar do estudo do direito, o positivismo jurídico como teoria do direito e o positivismo jurídico como ideologia.

Partindo da consequência da influência do positivismo jurídico no campo do jurista, do juiz e do legislador, M. A. Cattaneo falou de três significados de positivismo jurídico.

No primeiro, situado no plano do conhecimento, o positivismo jurídico é a teoria que distingue o estudo do direito que é do estudo do direito que deve ser, sendo direito aquilo que é praticado na sociedade.

O segundo, situado no plano da aplicação, é a teoria que afirma um dever de obediência ao direito positivo, independente de normas morais, obedecendo-se a lei enquanto tais.

E, no terceiro significado, constante no plano da produção jurídica, o positivismo jurídico é a teoria que nega modelos absolutos de conduta e admite a impossibilidade de conhecer e determinar, de modo racional e objetivo, os valores, coincidindo, assim, com o relativismo ético.

Dizendo de outro modo, Bobbio vê a forma de apresentação do positivismo jurídico de M. A. Cattaneo como método para estudar o direito, como ideologia e como filosofia

moral. No entanto, discorda da terceira forma apresentada pelo autor, ao afirmar que ser adepto a um relativismo ético não basta para caracterizar-se positivista, que o relativismo ético não serve para descrever, universalmente, o fenômeno do positivismo jurídico como os dois primeiros significados. (BOBBIO, 1965, p. 97).

Para tanto, ao discordar do terceiro significado de positivismo jurídico proposto por M. A. Cattaneo, Bobbio classifica-o em positivismo como modo de se aproximar do estudo do direito, como ideologia e, então, fala de positivismo jurídico como teoria do direito, não como filosofia moral ao tratar de relativismo ético.

Antes de adentrar ao estudo de cada um dos três aspectos do positivismo jurídico de Bobbio, cabe apontar que são “modos diversos de como se presenta la oposición al jusnaturalismo” (BOBBIO, 1965, p. 98) e que revelam, de certo modo, o significado do positivismo jurídico em dado momento histórico. São, então, modos ou aspectos em que o positivismo jurídico se apresenta e “la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión” (BOBBIO, 1965, p. 39).

Em especial, para esta pesquisa, compreender o positivismo jurídico em seus três aspectos permitirá notar quando se atribui um feito ou característica a ele, se se refere no que concerne como ideologia ou teoria, por exemplo. E, com vistas no positivismo jurídico como teoria se verá que a doutrina do precedente judicial é plenamente cabível e, até, exigível, o que justifica, ainda mais, a importância nesse estudo.

### ***O positivismo jurídico como modo de se aproximar ao estudo do direito***

Modo de se aproximar ao estudo do direito é diferente de método, como Bobbio mesmo aponta. Este se entende como meios e técnicas para investigação, enquanto o que se trata aqui, modo de se aproximar do estudo do direito, é da delimitação do objeto de estudo, orientando à direção do estudo de um problema e não de outro.

Esclarecendo, Bobbio faz clara distinção entre direito real e direito ideal (direito como fato e direito como valor), o direito que é e o direito que deve ser, elucidando que o jurista deve se ocupar do primeiro, que seria uma abordagem científica (descritiva, explicativa e demonstrativa) e não do segundo. Ou seja, o jurista, para o positivismo jurídico, deve se ocupar apenas com o estudo do direito positivo.

Isso não quer dizer, como salienta Bobbio, que não exista outro direito que não o positivo, qual seja, ideal, natural e racional, mas que “el hecho de no ser vigente, es lo que

excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.” (BOBBIO, 1965, p. 43).

Dessa forma, o jurista se posiciona frente ao objeto de investigação, o direito positivo, de modo a-valorativo, objetivo ou eticamente neutral. Se preocupando em analisar apenas fatos verificáveis, como se uma norma é jurídica ou não jurídica através de observação do procedimento de elaboração normativa estabelecido e não se corresponde a determinado sistema de valores.

Pode-se estabelecer relação com os escritos de Kelsen, quando também delimitou o estudo do direito para o direito positivo:

A Jurisprudência como ciência do Direito tem normas positivas por objeto. Apenas o Direito Positivo pode ser objeto de uma ciência do Direito. É o princípio do positivismo jurídico, em oposição à doutrina do Direito natural, que pretende apresentar normas jurídicas não criadas por atos de seres humanos, mas deduzidas a partir da natureza. (KELSEN, 1998, p. 359).

No entanto, para se fazer ciência, o estudo do direito deve se ocupar do direito positivo, aquele direito vigente em uma determinada sociedade, de modo que se assim não for, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.”(BOBBIO, 1995, p. 238).

Esse aspecto está fundamentado pela história. Por meio de uma observação histórica verificou-se que o direito aplicado nos tribunais (que é o que interessa conhecer) é o direito posto e não um direito.

### ***O positivismo jurídico como ideologia***

Diferentemente de teoria, ideologia é a “expressão do comportamento avaliativo que o homem assume em face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos e valores relativos a tal realidade” (BOBBIO, 1995, p. 223) , que estão fundamentados em um sistema de valores adotados por aqueles que foram escolhidos para atuar sobre essa realidade. Pode-se falar aqui na figura do legislador, que em sua função típica, legiferante, dispõe de normas, fundamentadas em valores escolhidos, a serem obedecidas por todos.

Bobbio destaca uma questão elementar quanto à ideologia que merece destaque. Afirma que, ao contrário da teoria que permite afirmar que ela é falsa ou verdadeira, segundo tenha uma correspondência com a realidade ou não, na ideologia não é possível dita avaliação. Uma ideologia pode ser conservadora ou progressista, caso se avalie positivamente a realidade e se proponha a conservá-la, ou se se avalia negativamente a realidade propondo muda-la, respectivamente (BOBBIO, 1995, p. 223).

O positivismo jurídico como ideologia nos coloca diante de uma doutrina ética e não

diante de uma doutrina científica como o aspecto anterior.

É dizer, o sistema jurídico passa a ser interpretado de modo a recomendar o que é justo em um plano de valores e não apenas descrever, no plano dos fatos, o direito.

Nesse sentido, afirma Bobbio que

(...) o Estado não tem um puro valor técnico, não é um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos (como é no pensamento liberal), mas um valor ético, é a manifestação suprema do Espírito de seu devir histórico e portanto é ele mesmo o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados. É evidente que tal modo de entender o Estado não é uma teoria, mas uma ideologia, visto que descreve não o Estado como ele é, mas como se desejaria que fosse. (BOBBIO, 1995, p. 224).

Nesse aspecto do positivismo, podemos recordar da teoria do direito de Jeremy Bentham (BENTHAM, 1979), que não tinha por finalidade descrever o direito, como notadamente se vê em John Austin (AUSTIN, 1998), mas a busca por reformas no sistema jurídico, a partir de sua teoria moral, o utilitarismo, a servir de norte para constituir e propor um ideal de direito.

Bobbio defendeu duas versões da ideologia juspositivista, a moderada e a extremista.

Para a versão moderada, a obediência à lei está relacionada com um valor, tal qual a ordem. Desse modo, a lei deve ser obedecida como meio para realizar dito valor, entendida como “o resultado da atuação de um sistema normativo” (BOBBIO, 1995, p. 231). E, se desejamos esse bem (a ordem na sociedade), devemos obedecer ao direito. Nota-se que se trata de um valor instrumental.

A versão extremista defende o dever absoluto e incondicionado de obediência à lei, pois é o único sistema que regulamenta o comportamento humano, tendo, o direito “estatal-legislativo se tornado o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem” (BOBBIO, 1995, p. 226).

Aqui se fala na obrigação de obediência à legislação não apenas por uma obrigação externa, por temor à sanção, mas por uma obrigação também interna, moral. Dito de outra forma, o homem deve obedecer não apenas as leis enquanto tais, mas porque “está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa”, daí falar-se em “obediência não por constrição, mas por convicção” e de um “dever de consciência de obedecer às leis.” (BOBBIO, 1995, p. 226).

No entender do positivismo, a justiça não se apresenta como requisito e sim a validade, de modo que uma lei não é válida se é justa, mas é justa se válida for. (BOBBIO, 1995, p. 227).

Vale dizer, que o positivismo jurídico foi e tem sido extremamente criticado pela doutrina jurídica e filosófica em razão, evidente, à sua vertente ideológica. Foi acusada como responsável das atrocidades cometidas, supostamente em seu nome, nos regimes totalitários do século XX.

Para evitar injustas acusações, Bobbio afirma que o movimento do positivismo jurídico não deve ser considerado como um “bloco monolítico”, mas que se deve saber distinguir neles aspectos fundamentalmente distintos.

Para ele, as críticas ao positivismo jurídico não devem ser formuladas de forma genérica. Devem-se considerar os momentos históricos diferentes, autores e aspectos adotados do positivismo também distintos.

No entanto, as maiores críticas tecidas ao positivismo jurídico foram direcionadas ao positivismo como ideologia, mais especificamente, em seu aspecto extremista, que, para Bobbio, raramente houve quem a sustentasse de modo coerente. (BOBBIO, 1995, p. 235).

O modo mais eficaz de criticar uma ideologia, segundo o filósofo, “consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos.”. (BOBBIO, 1995, p. 235).

No que tange o positivismo ético moderado, se sustentou valores como a ordem, a igualdade formal e a certeza, nutrindo uma ideologia a favor do Estado Liberal, e não totalitário.

### ***O positivismo jurídico como teoria do direito***

É a identificação do positivismo jurídico com a teoria do direito estatal. Historicamente, pode ser identificada com o surgimento do Estado Moderno, traduzido pelo momento em que o Estado monopolizou a produção das leis jurídicas.

A teoria do positivismo jurídico é constituída por três princípios básicos: (1) toda decisão judicial se embasa em uma norma preexistente; (2) a referida regra será dada, sempre, pelo Estado; e (3) as regras dadas pelo Estado compõe uma unidade. (BOBBIO, 1965, p. 44).

De mesmo modo, são conhecidas algumas teorias do direito vinculadas ao positivismo jurídico como teorias que merecem espaço.

Trata-se da teoria coativa do direito, a teoria imperativa, legislativa, a teoria da coerência do ordenamento jurídico, da completude do ordenamento jurídico e, por fim, a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

De modo a analisa-las brevemente, a teoria coativa do direito, que se refere à definição do direito, compreende o direito como um sistema de normas aplicadas por meio da força, coerção.

A teoria imperativa do direito, diz respeito à definição da norma jurídica, entende que todas as normas jurídicas são mandamentos, pessoais ou impessoais, categóricos ou hipotéticos, éticos ou técnicos, abstratos ou concretos, gerais ou individuais. (BOBBIO, 1965, p. 45).

No que se refere às fontes do direito, a teoria legislativa do direito fala em supremacia da lei sobre outras fontes do direito, reduzindo o direito consuetudinário, o direito que deriva da natureza, entre outros.

A teoria da coerência sustenta não haver antinomias no ordenamento jurídico, sendo a compatibilidade entre as leis um critério de validade.

Também fazendo referência ao ordenamento jurídico, a teoria da completude se refere à ordem jurídica e seu conjunto, considerando o sistema jurídico em caráter pleno, completo, ausente de lacunas.

E a última teoria diz respeito à interpretação jurídica. Atribui ao juiz uma atividade essencialmente lógica na interpretação e aplicação das normas.

As três primeiras teorias representam os pilares do positivismo jurídico como teoria, enquanto as três últimas têm valor secundário. As três últimas teorias foram severamente criticadas, enquanto as três primeiras, segundo Bobbio (BOBBIO, 1995, p. 237), não sofreram críticas que se sustentassem.

O positivismo como modo de se aproximar do estudo do direito e o positivismo como teoria se relacionam. Primeiro historicamente, pois quando os juristas, no século XVIII, se afastaram do estudo do direito natural para o estudo do direito positivo, estudaram o direito unificado e apresentado pelas monarquias absolutistas da época, o direito estatal. Ou seja, nasceram em mesmo momento.

Outra forma que se relacionam não é possível realizar o estudo do positivismo como modo de se aproximar do direito (o direito que é e o direito que deve ser), sem uma mínima teoria elaborada em torno do direito.

### **Críticas ao Positivismo Jurídico em Norberto Bobbio**

Norberto Bobbio, em várias de suas obras, enfatiza a inadequação de críticas ao

positivismo jurídico considerado como uma única doutrina. Afirma ser necessário “não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentalmente diferentes”. (BOBBIO, 1995, p. 233).

Há várias formas de entender o positivismo jurídico, de modo a não existir “una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco” (BOBBIO, 1965, p. 40). No entanto, “individualizar a un jurista como juspositivista con respecto a la teoría del derecho, no significa que también lo sea con respecto a la ideología” (BOBBIO, 1965, p. 41).

Tornando claro, um jurista que defenda a supremacia da lei sobre outras fontes e se negue a compreender o estudo do direito como o estudo do direito como é e não como deve ser, é um positivista em relação à teoria do direito, mas não o é pelo aspecto do positivismo jurídico como modo de estudar o direito.

### ***Críticas ao positivismo jurídico como modo de estudar o direito***

Bobbio admite ser difícil sustentar que a ciência jurídica deve se ocupar de estudar o direito como deve ser, não o direito que é.

No entanto, alguns jusnaturalistas, supõe o filósofo, poderiam levantar a questão da justificação, em que compreender o direito a partir de considerações fáticas, sendo um conjunto de fatos históricos, reduziria do direito à força, já que seria a única forma possível de justificação.

Por primeiro, o positivismo jurídico como modo de estudar o direito não se ocupa de qualquer justificação do direito, nem de qualquer outro fundamento do direito, apenas delimita seu alcance de estudo.

Bobbio admite que se quisermos “elaborar una ciencia jurídica es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas” (BOBBIO, 1965, p. 60). O que não quer dizer que essas regras tenham sua eficácia baseada na força, podendo ela derivar de adesão espontânea, nem mesmo que a coerção seja exercida pela força, podendo ela se apoiar no próprio consenso.

No entanto, ao entender o direito como um conjunto de regras existentes, independentemente do motivo da sua eficácia (força, consenso, etc.), depara-se com regras que tem eficácia tanto pela força, quanto pelo consenso.

Desse modo, se se constata que as regras estão fundadas apenas pela força,

no es posible comprender como (...) el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculcado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad. (BOBBIO, 1965, p. 61).

Diante de tal afirmação, questiona-se se o positivista, então, deixa de lado qualquer juízo de valor ao adentrar no campo científico do direito. E Bobbio responde que não, embora o positivista pense que sim. E mais, afirma que sua pretensão de ser eticamente neutro perfaz-se infundada. (BOBBIO, 1965, p. 61).

Cabe ao jurista mais do que descrever o direito constante em determinada sociedade em dado momento histórico. O jurista imbuí-se da tarefa interpretativa do direito partindo, segundo Bobbio, das decisões dos tribunais. E, essa tarefa interpretativa não corresponde a mero silogismo, pois ninguém mais acredita “que la interpretación, aún llamada mecánica, sea una operación meramente lógica” (BOBBIO, 1965, p. 62).

Veja que, ainda para a vertente do positivismo jurídico que delimita o estudo do direito ao direito positivo, reconhece a ação interpretativa do juiz, não o conduzindo a ser mero reproduzidor da norma posta pelo legislador. De tal modo, o positivismo jurídico como modo de estudar o direito não nega o papel interpretativo do juiz e não reduz a sua tarefa a mero silogismo.

Ademais, ao afirmar que o positivista não é eticamente neutro em sua atuação não significa que abandona suas premissas iniciais de estudar somente o direito que é posto. O positivista admite que o direito deriva, inevitavelmente, de valorações morais, não só do legislador, mas também do jurista e do juiz, o que também merece destaque, pois além de reconhecer a tarefa interpretativa deste, não o considera como uma “máquina”, alheia às ideologias do ordenamento, mas ao contrário, as consideram em sua ação interpretativa.

A questão é que essas valorações e condutas eticamente conduzidas não são direito por serem mais justas, mais sábias ou melhores, como quer o jusnaturalismo, mas porque elas se convertem em regras válidas do sistema jurídico. (BOBBIO, 1965, p. 62).

É dizer:

La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es, no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez; significa simplemente que estas valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. (BOBBIO, 1965, p. 62).

A grande questão é saber diferenciar o momento em que o jurista se vale do direito como objeto de estudo do momento em que contribui para criá-lo e, neste último, se faz

impossível negar o caráter valorativo de sua atuação.

### ***Críticas ao positivismo como ideologia***

As maiores críticas destinadas ao positivismo jurídico são concernentes a este aspecto.

Diferentemente quando se avalia uma teoria, apontando para sua verdade ou falsidade, quando analisamos a ideologia o mesmo não pode ser feito. De uma ideologia pode-se apenas dizer que ela é boa ou má, justa ou injusta, sendo válido dirigir-lhe críticas demonstrando que permite uma realidade contrária aos valores que comumente são aceitos. (BOBBIO, 1995, p. 235).

Nesse sentido, a primeira grande crítica se refere ao positivismo ético extremista, que defende a obediência absoluta e incondicionada à lei.

Primeiro, atribuir ao positivismo jurídico como ideologia a ideia de obrigação moral da lei por serem justas enquanto tais. Partindo do pensamento de que a lei reconhece os maiores valores, deve-se obedecê-las.

No entanto, para Bobbio, não houve quem sustentasse essa ideia e se houvesse que atribuir a alguma teoria do direito essas ideias, deveria ser atribuída ao jusnaturalismo tradicional. Porém, ainda assim, se toma as posições de Thomas Hobbes encontra-se um limite nesse dever absoluto de obediência às leis, que é o contrato social, veja:

“(...) o fim da obediência é a proteção (...) portanto, quando nossa recusa de obedecer prejudica o fim em vista do qual foi criada a soberania, não há liberdade de recusar; mas caso contrário, há essa liberdade” (HOBBS, 1999, p. 21 e 15)

No entanto, afirma Bobbio que a obrigação absoluta de obediência às leis não é teoria nem jusnaturalista nem positivista, pois nenhuma ordem jurídica se sustenta baseada unicamente pelo temor da sanção. (BOBBIO, 1999, p. 52).

Ademais, o juspositivismo aponta a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito, o que revela ser a ideologia positivista a favor do Estado liberal e não totalitário. (BOBBIO, 1995, p. 236). Por exemplo, no nazismo, quando conferiu ao juiz o poder de decidir conforme interesse político do Estado, considerando delitos aqueles atos que infligiam o “são sentimento popular alemão”, destoa do juspositivismo, que estabelece que o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei.

A ideia de legalidade era compreendida sob uma ótica de dever de obediência à lei não apenas aos cidadãos, mas ao poder político, a fim de evitar seus abusos, outrora tão

encontradição nos governos absolutistas do século XVII e XVIII.

Ou seja, legalidade, ordem e certeza são atributos da doutrina liberal para se opor aos arbítrios do Estado e, então, se há alguma doutrina que conduz à ditadura, é a doutrina liberal. (BOBBIO, 1999, p. 54).

Concluindo esta parte, para o positivismo jurídico como ideologia obedecer cegamente à lei é recomendável quando os fins são bons e desaconselhável quando não o são.

### ***Críticas ao positivismo jurídico como teoria do direito***

As grandes críticas dirigidas ao positivismo jurídico como teoria advieram da sociologia jurídica - tendo como principal voz Eugen Ehrlich (EHRlich, 1986), o qual buscou demonstrar que os juristas tradicionais compreendiam mal a noção de direito, o papel do jurista e do juiz - e da Escola de Direito Livre.

A primeira crítica é concernente à questão da completude do ordenamento jurídico.

Primeiramente, Norberto Bobbio entende completude como uma “propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”, sendo a falta de uma norma chamada “lacuna”, completude é “a falta de lacunas”. (BOBBIO, 1997, p. 113).

Em outras palavras, um ordenamento jurídico incompleto é aquele em que não se encontra uma norma que proíba determinado comportamento, nem que o permita. (BOBBIO, 1997, p. 114).

Nesse sentido, em resposta às críticas, o positivismo jurídico, por Santi Romano, na Itália e Karl Bergbohm, na Alemanha, desenvolveram a doutrina do espaço jurídico vazio.

A fim de demonstrar que a completude era constitutiva de todo ordenamento jurídico e de que “não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza” (BOBBIO, 1997, p. 128), entendeu-se que casos não regulados pelo direito não se tratavam de lacunas, mas demonstravam haver um fato juridicamente irrelevante.

Ou seja, “até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.”. (BOBBIO, 1997, p. 129).

Ademais, não prevendo o direito norma especial sobre determinada questão, pela teoria da norma jurídica exclusiva, aplica-se a norma geral àquele caso, não devendo, de igual forma, falar-se em lacunas.

Nesse sentido, Bobbio rebate alegando que as lacunas que apontam os sociólogos do direito são de um ponto de vista ideológico.

A principal crítica que a nós nos interessa neste trabalho diz respeito à teoria das fontes. O positivismo jurídico aponta a lei como fonte principal do direito e relega o direito judicial ou os precedentes que advêm de manifestações da Corte a segundo plano.

Atribui-se ao positivismo jurídico as ideias trazidas pelo codicismo e a interpretação mecânica do juiz, incorrendo em um silogismo, e sua proibição em atuar criativamente.

Porém, diante das críticas dirigidas a essas características, o positivismo jurídico voltou atrás e reviu grandes de seus pensamentos.

Nesse sentido, considerou-se então que de fato o juiz cria o direito, apesar da supremacia da lei e da obrigatoriedade de a decisão seguir estritamente o que dispõe ela dispõe (BOBBIO, 1999, p. 57).

E então, enfaticamente se afirmou que

la creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad (...) contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra la muralla. (BOBBIO, 1999, p. 57).

Aqueles defensores mais ferrenhos do positivismo jurídico não conseguiram sustentar a teoria mecanicista da interpretação e a abandonaram por completo.

É o caso, por exemplo, de Kelsen, ao afirmar que a decisão judicial não tem um simples caráter declaratório:

O preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela a função declarativa. (KELSEN, 1998, p. 167).

E, admite a possibilidade de o juiz ser competente para criar não só norma individual, mas normas gerais, como se expressa pelo precedente judicial, em que cria direito novo ou o torna norma geral por meio da interpretação. (KELSEN, 1998, p. 174).

No entanto, diante desse cenário, Bobbio levanta a seguinte questão: ao considerar essa atuação realista do juiz, distante da interpretação mecanicista, poderá haver modificação a teoria das fontes?

Para a questão levantada, Bobbio dá duas alternativas: (1) ou se considera fontes do direito apenas aquilo que a legislação dispõe como criadores de normas gerais, não permitindo, desse modo, que as decisões judiciais constituam fontes do direito, apenas em ordenamentos que seja previsto o instituto do precedente judicial; (2) ou se aceita um

significado mais amplo de fontes do direito, abarcando as decisões individuais, e aí a decisão judicial pode ser fonte do direito. (BOBBIO, 1999. p.58).

Nesse sentido, para que as decisões judiciais sejam fonte do direito deve haver uma teoria de precedente judicial, a criar norma geral, caso contrário, as “fontes do direito” devem ser entendidas num caráter muito mais amplo, fazendo com que a norma individual seja também fonte do direito.

Fontes do direito devem advir de normas gerais, de modo que em um ordenamento que não haja o precedente judicial a decisão judicial é mera norma individual, aplicada às partes do processo e não pode, assim, ser fonte do direito, pela ausência de seu caráter geral.

É dizer, a decisão judicial será fonte do direito quando constituir norma geral, ou seja, quando houver previsão do instituto do precedente judicial, ou se se reveja o significado da teoria das fontes, concebendo a decisão judicial individual, e não só geral, também o caráter de fonte do direito.

Por fim, o que se pretendeu demonstrar, em especial neste tópico, é que o positivismo jurídico, em especial pela sua vertente de teoria, admite o precedente judicial como fonte do direito e mais, exige esse instituto para que a decisão judicial seja fonte do direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Feito os devidos desenvolvimentos, compreende-se, pela leitura de Norberto Bobbio, que o positivismo jurídico se apresenta por três vertentes: o positivismo jurídico como modo de estudar o direito, como ideologia e como teoria.

Por cada “ótica” do direito positivo que estuda, o positivismo jurídico apresenta-se de maneiras particulares, não podendo, como visto, trata-los como se a mesma coisa dissessem respeito, podendo ser um positivista jurídico quanto à teoria, porém, não quanto à ideologia do direito.

O positivismo jurídico enquanto teoria do direito admite que o juiz cria a norma – isso a partir de pensamentos também de Hans Kelsen – e, para que as decisões judiciais sejam fontes do direito apenas a partir de normas individuais, haveria de dar severa ampliação ao que se compreende por fontes do direito.

Nesse sentido, assumindo que o juiz cria normas gerais e não somente individuais, para serem consideradas como fontes do direito precisariam constar de um sistema de precedentes judiciais. De outra sorte, necessário seria, para considerar as normas individuais

feitas pelo juiz como fonte do direito, uma nova leitura do que se compreende por fontes do direito, concebendo significativa extensão.

Conclui-se então, que o positivismo como teoria compreende a necessidade de um sistema de precedente judicial para que decisões do Poder Judiciário possam ser considerados fontes do direito.

## REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined: the uses of the study of jurisprudence*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1998.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril, 1979.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992,

\_\_\_\_\_, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Ed. 4. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: 1965.

\_\_\_\_\_, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 2002.

\_\_\_\_\_, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

KELSEN, Hans. ¿ Qué es el Positivismo Jurídico? Trad. Mario de la Cueva. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XVI, n. 61, jan-mar, 1966.

\_\_\_\_\_, Hans. *O que é justiça?: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIMOULIS, 2006, p. 66

ROUSSEAU. Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAHA, Tushar Kanti. *Textbook on Legal Methods, Legal Systems & Research*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 1ª ed. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# REFLEXÕES SOBRE A INVIOABILIDADE DOMICILIAR E A EXCEÇÃO DECORRENTE DO FLAGRANTE DELITO

Henrique Hoffmann Monteiro de CASTRO<sup>1</sup>

Valter Foletto SANTIN<sup>2</sup>

## RESUMO

O domicílio vem sendo entendido como reduto intransponível da pessoa, apto a assegurar que a intimidade e a privacidade não sejam injustificadamente vilipendiadas, razão pela qual as cartas de direitos não se olvidam de garantir sua inviolabilidade. Todavia, não se trata de direito absoluto, dada a necessidade de convivência das liberdades públicas, ganhando destaque nesse cenário o flagrante delito. Assim, torna-se necessário, partindo do entendimento histórico da inviolabilidade domiciliar e de breve cotejo com o direito comparado, conceituar esse direito fundamental e entender seus limites, especialmente face ao flagrante delito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inviolabilidade domiciliar; flagrante delito; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

La casa ha sido entendida como bastión infranqueable de la persona, capaz de asegurar que la intimidad y la privacidad no sean vilipendiadas injustificadamente, por lo que las cartas de derechos no olvidam en garantir su inviolabilidad. Sin embargo, esto no es un derecho absoluto, dada la necesidad de coexistencia de las libertades públicas, ganando importancia en este escenario la flagrancia. Por lo tanto, es necesario, partindo de la comprensión histórica de la inviolabilidad del domicilio y de una breve comparación con el derecho comparado, conceptualizar este derecho fundamental y entender sus límites, en especial contra el flagrante delito.

**KEY-WORDS:** Inviolabilidad del domicilio; flagrancia; derechos fundamentales.

## INTRODUÇÃO

- 1 Professor da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola do Ministério Público do Paraná e da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná. Professor Coordenador do Curso Delta e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FACNOPAR e da FAIPE. Colunista do Conjur e da Rádio Justiça do STF. Autor dos livros *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária (Lumen Juris)* e *Temas Atuais de Polícia Judiciária (Juspodivm)*. Mestrando em Direito pela UENP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UGF. Bacharel em Direito pela UFMG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Associação Internacional de Direito Penal. Delegado de Polícia Civil do Paraná
- 2 Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Procesual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: investigação criminal, Ministério Público, crime econômico, políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, Direitos Difusos e Coletivos, acesso à justiça e Direitos Humanos.

Não é recente a preocupação em delimitar um espaço que constitua reduto intransponível da pessoa. A noção de que a casa consubstancia-se asilo inviolável do indivíduo ganhou corpo com a evolução da sociedade, ao mesmo tempo em que as cartas de direitos foram consagrando os direitos fundamentais e sedimentando os limites ao poder estatal.

A proteção constitucional da residência, no sentido de mantê-la protegida de violações de terceiros, existe nos mais diversos ordenamentos constitucionais, guardadas as peculiaridades quanto à extensão dessa garantia.

Obviamente, não se trata de direito absoluto, dada a necessidade de convivência das liberdades públicas. A grande questão cinge-se em compreender as exceções em que outros interesses devem prevalecer sobre o recato do lar, bem como entender a abrangência dessas situações.

O flagrante delito ganha destaque nesse cenário, ensejando discussões sobre as possibilidades, limites e justificativas da entrada não autorizada na casa.

Nesse passo, o desiderato do trabalho é, partindo do entendimento histórico da inviolabilidade domiciliar e de breve cotejo com o direito comparado, conceituar esse direito fundamental e entender seus limites, especialmente face ao flagrante delito.

O projeto apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos por meio de revisão bibliográfica de livros, artigos, normas e julgados disponíveis em meio físico e digital. Tudo como forma de fornecer contribuições mínimas sobre essa instigante temática.

## **INVIOLABILIDADE DOMICILIAR: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO E VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO COMPARADO**

A proteção da casa não existe por acaso nem tampouco traduz uma exclusividade do Direito brasileiro. A inviolabilidade domiciliar ocupa posição de destaque na evolução e consolidação dos direitos fundamentais, conclusão amparada por uma simples análise das declarações de direitos.

No plano internacional, a norma segundo a qual ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em seu domicílio é consagrada tanto no art. 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) quando no art. 8.1. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Seu reconhecimento, assim como as

demais liberdades clássicas, ganhou vulto com as grandes revoluções do século XVIII, especialmente nas declarações americana e francesa de direitos, que se somaram à Magna Carta e o Bill of Rights.<sup>3</sup>

Na seara nacional, as Constituições podem ser classificadas em 3 grupos.<sup>4</sup>

Uma primeira categoria limita-se a afirmar a proteção contra buscas arbitrárias, deixando para a legislação ordinária a tarefa de regulamentar a competência para expedir mandados e estabelecer as hipóteses em que o ingresso forçado na casa. Podem ser citadas as Constituições dos Estados Unidos, Itália, China e Argentina, bem como as Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos.

Um segundo grupo cria reserva judicial para a busca e apreensão, sem exceções. É o caso da Constituição do Uruguai.

E uma terceira espécie, que abrange a Constituição Brasileira, cria reserva judicial para a expedição de mandado de busca e apreensão e estabelece exceções (tal qual o flagrante delito) nas quais é tolerado o ingresso sem autorização judicial. Aqui se inserem as Constituições da Alemanha, Portugal, Espanha e Japão.

A garantia contra a violação ao domicílio não é recente na história constitucional brasileira. Todas as constituições brasileiras continham cláusula de defesa da casa. As Constituições de 1824, 1891 e 1934 estabeleciam que a casa é asilo inviolável, somente cabendo a entrada não consentida nos casos e na forma da lei (art. 179, VII; art. 72, §11 e art. 113, 16, respectivamente). A Constituição de 1937 igualmente remeteu à lei a regulamentação da garantia (art. 122, §6º). A declaração de estado de guerra em 1942 (Decreto 10.358/42) suspendeu a inviolabilidade domiciliar. A inviolabilidade do domicílio foi retomada pelas Constituições de 1946 e 1967, e Emenda Constitucional 1/69, sempre remetendo à regulamentação legal (art. 141, §15; art. 150, §6º e art. 153, §10, respectivamente). Por fim, a Constituição de 1988 manteve a proteção à casa, trazendo no próprio texto constitucional as exceções (art. 5º, XI).

## **PROTEÇÃO DO LAR COMO CLÁUSULA PÉTREA E EXCEÇÕES DECORRENTES DA CONVIVÊNCIA DAS LIBERDADES PÚBLICAS**

A casa traduz o reduto intransponível da pessoa. Essa ideia não é recente, pelo

---

3 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976, p. 394.

4 A síntese histórica foi desenvolvida com base em julgado paradigmático da Corte Suprema: STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

contrário, vem de longa data. Tanto que a máxima segundo a qual a casa de um homem é seu castelo (man's home is his castle), manifestada pelo juiz inglês Sir Edward Coke, é lembrada ainda nos dias atuais como uma expressão da inequívoca importância do domicílio para o ser humano.

O resguardo do domicílio transformou-se em noção tão arraigada na sociedade que ninguém questiona que a casa é asilo inviolável do indivíduo. A moradia distingue-se como uma das primeiras manifestações de civilidade que destacaram a passagem do nomadismo para o sedentarismo.

O recesso do lar sobressai-se como direito fundamental por excelência, limite ao poder do Estado e também a ingerências indevidas de particulares (dada a eficácia horizontal que também possui). Representa o muro que protege o indivíduo contra abusos de terceiros, para que possa buscar sua felicidade e exercer sua autodeterminação.<sup>5</sup> Decorre da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais e a própria ordem constitucional.<sup>6</sup>

A casa certamente consubstancia o locus onde o indivíduo manifesta de forma mais evidente sua liberdade e desenvolve as delicadas e sentimentais relações familiares,<sup>7</sup> razão pela qual fica fácil entender a ligação umbilical dessa garantia com a dignidade da pessoa humana. Cuida-se de expectativa negativa, de não sofrer lesões, extensível ao cidadão pelo tão só fato de ser dotado do status de pessoa.<sup>8</sup>

Essa localidade fica salvaguardada dos olhares não autorizados de terceiros, consistindo aí a proteção à intimidade e vida privada. A residência é local onde o indivíduo guarda seus bens, pertences e documentos e mantém as relações pessoais mais próximas, livre de interferências indevidas de terceiros, daí a estreita conexão da inviolabilidade domiciliar com a intimidade e a privacidade, mais do que a própria segurança e a propriedade.

A previsão constante no art. 5º, XI, da Constituição Federal:

Art. 5º. XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Trata-se de norma constitucional de eficácia plena e de aplicação imediata (art. 5º,

---

5 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976, p. 391-392.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105.

7 BARILE, Paolo, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. Bolonha: Il Mulino, 1984, p. 154.

8 FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 19.

§1º da CF), ainda que se considere que se trata de norma que possa ser regulamentada.<sup>9</sup>

Aliás, trata-se de cláusula pétrea ou superconstitucional (art. 60, §4º da CF), entendida como a reserva básica de justiça constitucional de um sistema. Sua imutabilidade não constitui obstáculo à democracia. Habilita, no momento de reformulação da ordem constitucional, cada geração a escolher seu próprio destino sem, entretanto, furtar esse mesmo direito às gerações futuras.<sup>10</sup>

Assim como os demais direitos fundamentais, a proteção ao domicílio não ostenta natureza absoluta, o que significa dizer que pode ceder frente a outros interesses igualmente relevantes. Não são ilimitados, porquanto encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Lei Fundamental (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Não houvesse possibilidade de mitigação dos direitos constitucionais, poderiam ser converter em verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.<sup>11</sup> Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direito ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.<sup>12</sup>

A própria Constituição trouxe as hipóteses excepcionais nas quais a inviolabilidade da casa (impossibilidade de ingresso na residência contra a vontade do morador) pode ser relativizada (art. 5º, XI da CF), a saber: a) flagrante delito (durante o dia ou noite); b) desastre ou prestar socorro (durante o dia ou noite); c) por determinação judicial (durante o dia).

Apropriado realçar que não apenas os cidadãos em geral, mas em especial os agentes estatais devem observar esses limites intransponíveis no exercício de suas funções.

## **SIGNIFICADO JURÍDICO DE CASA**

O conceito penal e processual penal de casa (art. 150, caput e §4º do Código Penal e

9 GROTTI, Dinorá A Musetti. inviolabilidade de domicílio na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84.

10 VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 230/247.

11 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

12 STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/09/1999.

246 do Código de Processo Penal) é bem mais abrangente do que o civil (art. 70 do Código Civil), não se restringindo ao local onde a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo, englobando qualquer local de habitação, pouco importando seja permanente, eventual ou transitória. Consiste em todo local delimitado, individual ou coletivo, que alguém ocupa com exclusividade, para fins pessoais ou profissionais.<sup>13</sup>

Abarca qualquer compartimento habitado (casa ou apartamento) e suas dependências (jardim, garagem, quintal, sacada, terraço, pátio), por se tratar de local situado dentro do terreno da casa, sendo preciso indicação visível a terceiros no sentido de que se trata de propriedade particular (tal como portão, cerca, placa). As pastagens e campos de propriedades rurais não são dependências da casa, e, por corolário, não são resguardadas.

Protege-se também a habitação coletiva (quarto de pensão ou república). A casa abandonada não é tutelada pela inviolabilidade do domicílio, pois não faz sentido proteger a intimidade de morador inexistente.<sup>14</sup> Importante não confundir a casa abandonada com a casa ocupada esporadicamente, tais como as casas de praia. Nessa linha, inserem-se no conceito de casa quarto ocupado de hotel ou motel,<sup>15</sup> o leito de hospital e a cabine de navio.

Está englobada, de igual forma, a habitação móvel. Não é preciso que a residência esteja fixada ao solo, como no caso do veículo utilizado como habitação do indivíduo, tais como o trailer<sup>16</sup> e o barco residência. Com relação à cabine (boleia) utilizada pelo caminhoneiro para dormir, a doutrina a encaixa no conceito de casa, desde que se trate de viagem prolongada, lá possuindo objetos pessoais, roupas e material de higiene.<sup>17</sup>

Abrange também o compartimento não aberto ao público onde se exerce profissão ou atividade (de natureza pública ou privada). Ou seja, o domicílio pode se destinar não só a fins residenciais, mas também profissionais (nesse caso, a proteção limita-se à área de acesso restrito ao público - do balcão para dentro).<sup>18</sup> Destarte, estão englobados no conceito escritório profissional, consultório médico, estabelecimentos comerciais, depósitos e lojas. A área restrita de repartições públicas, de igual forma, está abrangida no conceito legal de casa, tal qual o gabinete de autoridade pública.<sup>19</sup>

---

13 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

14 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

15 STF, RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007.

16 STJ, HC 216.437, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 375.

18 STF, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06.2008.

19 STJ, HC 298.763, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 07/10/2014. Como destacou o STJ, entendimento contrário inviabilizaria o serviço público, pois bastaria que qualquer cidadão desejasse manifestar sua indignação ou

Já as áreas abertas ao público de estabelecimentos públicos e privados não são protegidas pela inviolabilidade. Todavia, nos horários fora de expediente, quando estão fechados ao público, passam a contar com a proteção constitucional.<sup>20</sup> Logo, não estão albergadas pela inviolabilidade domiciliar a área aberta ao público de habitação coletiva (átrio de pensão ou república), temporária (hall de hotel e hospital, saguão de navio) ou móvel (reboque de caminhão), além da área aberta ao público de estabelecimento comercial ou profissional (do balcão para fora) durante o horário de funcionamento.

Noutro giro, sabe-se que o Brasil é signatário de tratados internacionais que conferem especial tratamento ao diplomata e ao cônsul, as chamadas imunidades diplomáticas e consulares. Trata-se de prerrogativas funcionais, e não privilégios pessoais, pois se fundam na função exercida, de maneira a garantir o eficaz desempenho das missões diplomáticas e das funções consulares, bem como a manutenção das relações de amizade entre as nações.

Não se pode esquecer do especial regramento destinado aos diplomatas (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas) e cônsules (Convenção de Viena sobre Relações Consulares). Não se pode ingressar sem consentimento em consulado, exceto em caso de incêndio ou outro desastre (art. 31.2 da CVRC). Os móveis e demais bens da repartição consular e seus veículos não podem qualquer forma de requisição (art. 31.4. da CVRC), e os arquivos e documentos consulares são invioláveis, o que significa dizer que não é possível busca e apreensão (art. 33 da CVRC). Tampouco é possível entrar sem assentimento em local de missão diplomática (art. 22.1 da CVRD). Nesse caso, sequer é excepcionada a situação de desastre, e o mobiliário e demais bens e meios de transporte não podem ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução (art. 22.3 da CVRD).

No caso do diplomata, até mesmo sua residência particular goza da mesma inviolabilidade do local de missão diplomática (art. 30 da CVRD). Já a casa do cônsul pode ser submetida a busca e apreensão, desde que a investigação seja relativa a crime sem relação com suas funções (já que o crime funcional está abrangido na imunidade material) e que o delito seja grave (pois os crimes não graves estão abarcados pela imunidade prisional), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.<sup>21</sup>

Vale ressaltar a imunidade não impede que o delegado de polícia investigue o delito

---

protestar para que pudesse ingressar em área restrita de algum prédio público, anulando a proteção à liberdade individual de todos aqueles que trabalham em repartições públicas, que poderiam ter seu local reservado de trabalho invadido por terceiros não autorizados a qualquer momento.

20 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 715.

21 STF, HC 81.158, Rel. Ilmar Galvão, DJ 19/12/2002.

praticado, colhendo de outras maneiras lícitas as informações necessárias referentes à autoria e materialidade do ilícito, que deverão ser encaminhadas às autoridades do país de origem do agente. Assim como não proíbe a captura e condução coercitiva de diplomata ou cônsul em flagrante delito para fazer cessar a ação criminosa, com apresentação à autoridade policial para audiência primária de garantias. Veda-se, a partir daí, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a instauração de inquérito policial.

Eventuais imunidades prisional e processual decorrentes do cargo ocupado pelo indivíduo não impedem a realização de busca e apreensão domiciliar.

Destarte, ainda que um membro do Ministério Público só possa ser preso por ordem judicial ou em flagrante de crime inafiançável, e processado por Tribunal (art. 40, III e IV e 41, parágrafo único da Lei 8.625/93 e art. 18, II e parágrafo único da Lei Complementar 75/93), sua casa pode ser revistada, desde que haja decisão Tribunal competente. Não existe qualquer vedação legal nesse sentido, e nem poderia ter, pois sua não realização impediria a colheita de elementos probatórios e tornaria impossível a persecução penal em diversas situações.

O foro privilegiado significa que a busca e apreensão deve ser decretada pelo Tribunal respectivo, e não que a casa não possa ser vasculhada. Não existe e nem poderia haver qualquer vedação legal nesse sentido, sob pena de se instituir uma bolha de imunidade absoluta em torno do domicílio, a impedir a colheita de elementos probatórios e frustrar a persecução penal.

Deveras, as prerrogativas legais não devem ser interpretadas ampliativamente,<sup>22</sup> ao se considerar que a Constituição pretende tratar igualmente os cidadãos,<sup>23</sup> repele privilégios e não aceita discriminações.<sup>24</sup> Não se pode fechar os olhos ao republicanismo, que presume a efetiva possibilidade de responsabilização de qualquer agente público por seus atos.<sup>25</sup>

De outro lado, a área interna do escritório de advocacia é considerada casa para fins penais e processuais penais, assim como todo estabelecimento profissional não aberto ao público. A diferença em relação aos demais escritórios profissionais é que existe regramento específico no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), estabelecendo

---

22 CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Interpretação do foro privilegiado atrapalha investigações policiais. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/academia-policial-interpretacao-foro-privilegiado-atrapalha-investigacao-policial>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

23 STF, Inq 687 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/05/1999.

24 STF, Inq 1.376 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/03/2007.

25 ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

condições adicionais para o cumprimento da busca e apreensão domiciliar (art. 7º, §§6º e 7º do EOAB), que se somam àqueles do CPP (arts. 240 a 250). Cumprida a decisão judicial nos limites impostos pela lei, não há que se falar em invasão do escritório de advocacia, senão em regular cumprimento de mandado judicial.

É direito do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de ofício, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia (art. 7º, II do EOAB).

Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, o juiz poderá decretar motivadamente a quebra da inviolabilidade do escritório de advocacia, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB (art. 7º, §6º do EOAB).

A Lei 8.906/94 exige a presença de representante da OAB, e não a comunicação prévia, que pode retirar a eficácia da diligência. Dessa forma, é suficiente que, no momento de início da diligência, seja comunicada a OAB para que indique representante para acompanhar a medida, com a urgência que o caso requer. Eventual atraso exagerado não tem o condão de impedir a realização da vistoria. De igual maneira, a expressa renúncia não obsta a busca e apreensão, devendo ser documentada. Não há qualquer necessidade de que a OAB seja comunicada com 24 horas de antecedência, sendo suficiente que ocorra no momento imediatamente anterior à busca.<sup>26</sup> Em comarcas grandes, onde existam inúmeros escritórios de advocacia, a comunicação antecipada não trará prejuízo desde que não especifique o local, permitindo que a OAB deixe um representante de prontidão para comparecer ao escritório assim que informado no início da medida, providência que agiliza a presença de advogado no local sem retirar a eficácia da diligência.

É vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes (art. 7º, §6º do EOAB). Essa ressalva não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade (art. 7º, §7º do EOAB). Tampouco é permitida a apreensão de documento em poder do próprio defensor, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (art. 243, §2º do CPP). Fazendo uma leitura a contrario sensu, é permitida a apreensão de documento em

---

26 GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007.

poder do causídico que constitua elemento do corpo de delito, e objetos pertencentes a seus clientes também investigados pelo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

Tendo em vista a vedação legal de apreensão de objetos de clientes não investigados na apuração contra o advogado, indaga-se seria possível a utilização da teoria da serendipidade para afastar a ilicitude da prova. Ainda que o encontro do elemento probatório tenha sido casual, sendo o crime conexo ou não, não se admite o emprego da teoria do encontro fortuito de provas para validar a evidência e emprega-la como meio de prova na persecução penal ou como notitia criminis para iniciar outra apuração. A exclusão da ilicitude não se aplica em razão da proteção especial pelo sigilo profissional do advogado, corolário do direito de defesa.<sup>27</sup> Em respeito ao papel essencial que desempenha para a administração da justiça e à confiança depositada pelos clientes, tais elementos probatórios, fugindo à regra comum, não servirão sequer como notícia de crime para outra investigação. Trata-se do entendimento dos Tribunais Superiores.<sup>28</sup>

A doutrina faz uma ressalva:

Todas as coisas guardadas pelos clientes nos escritórios de seus advogados devem ser de posse e uso lícito, ou seja, ilustrando, não teria o menor cabimento o traficante depositar a droga no escritório de seu defensor, o mesmo podendo fazer o receptor, no tocante aos objetos adquiridos criminosamente e, muito menos, por absurdo que possa parecer, ocultar um cadáver nesses lugares. Todo material capaz de formar o corpo de delito da infração penal não pode ser considerado inviolável, sob pena de se impedir o Estado de punir a prática de crime.<sup>29</sup>

Por mais absurda que essa limitação possa parecer num primeiro olhar, possui um nobre objetivo bastante distinto do simples fomento à impunidade. Sabe-se que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF) e, assim como a Defensoria Pública, constitui o elo entre o cidadão e o efetivo acesso à justiça, concretizando o direito de defesa. Trata-se de múnus público (embora não estatal), função social que extrapola o âmbito privado (art. 2º, §1º do EOAB), sendo a única habilitação profissional que constitui pressuposto à formação de um dos Poderes do Estado, qual seja, o Poder Judiciário.<sup>30</sup>

Tamanha é a importância da advocacia que o legislador conferiu diversas prerrogativas para o regular desempenho da profissão, tais como (a) comunicação reservada com o cliente, (b) acompanhamento da OAB durante prisão de advogado por crime

---

27 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 623.

28 STF, HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/10/2010; STJ, HC 227.799, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 10/04/2012; STJ, HC 149.008, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09/08/2010.

29 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 381.

30 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 580.

inafiançável ligado ao exercício da advocacia e (c) sala de Estado Maior, (d) livre ingresso em órgãos públicos e (e) acesso a investigações de qualquer natureza na defesa dos clientes, (f) imunidade penal por suas manifestações (art. 7º, III, IV, V, VI, XIV e §2º do EOAB, respectivamente), além da ora analisada inviolabilidade do escritório de advocacia.

Destarte, a confidencialidade entre o cliente e o advogado não teria sentido algum se a garantia de segredo não abrangesse o local onde o causídico exerce sua profissão e guarda documentos e arquivos sigilosos. No escritório de um advogado, perturbadoras confissões são feitas, e a defesa se realiza com mais eficiência se o advogado tiver contato com a verdade. Ademais, a confiança é essencial na relação do advogado com seu cliente e se materializa por meio do segredo.<sup>31</sup> Nesse diapasão, a entrada no domicílio, sempre excepcional, merece maior cuidado quando se tratar de escritório de advocacia.

## **FLAGRANTE DELITO E INGRESSO NA CASA: LIMITES CONSTITUCIONAIS**

É consabido que a entrada na casa para interromper flagrante delito não demanda ordem judicial, e pode ser feita durante o dia ou à noite (art. 5º, XI da CF).

O termo flagrante deriva do latim *flagrare*, que significa queimar, dando a ideia de algo evidente e visível, manifestado por infração que está queimando. A possibilidade de deter o criminoso quando está praticando ou acabou de praticar o delito existe em todas as sociedades modernas e vem de longa data na história da humanidade, por representar medida de autodefesa da sociedade. Nessa esteira, a interrupção do ilícito penal deve preponderar até mesmo sobre a intimidade e privacidade do morador, sob pena de erigir a residência em bolha de imunidade em favor da prática de crimes.

A prisão em flagrante desempenha a necessária função de atualização das funções preventivas das normas penais incriminadoras. Não fosse a prisão em flagrante, perder-se-ia um poderoso instrumento constitucional de defesa contra comportamentos atuais ofensivos a direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais. Mais do que qualquer função probatória, realiza um estratégico mister de impedir, pela atualização que traz a toda e qualquer norma incriminadora, comportamentos que as violem: traz, excepcionalmente, a proteção da norma penal, do distante momento do cumprimento da pena, para o momento atual da violação.<sup>32</sup>

A prisão de autor de infração penal, em que pese possa ser feita por qualquer do povo, insere-se no dever estatal de fornecer o serviço de segurança pública, para a

---

31 ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 182.

32 SILVA, Marcelo Cardozo da. A prisão em flagrante na Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 62.

manutenção da ordem pública e da incolumidade pessoal e patrimonial (art. 144, caput da CF), verdadeira decorrência do Estado Democrático de Direito.<sup>33</sup>

O ingresso no domicílio pode ocorrer diante da ocorrência de uma das hipóteses de flagrância elencadas no art. 302 do CPP. Há quem sustente que apenas o flagrante próprio (art. 302, I e II do CPP) autorizaria a entrada forçada no local, pois a norma mitigadora de direitos fundamentais deve ser interpretada restritivamente<sup>34</sup>. Entretanto, prevalece na doutrina<sup>35</sup> e na jurisprudência<sup>36</sup> que o preceito constitucional não trouxe qualquer restrição quanto às demais modalidades de flagrante (impróprio e presumido – art. 302, III e IV do CPP), não sendo adequada a hermenêutica que sirva para tornar a casa um escudo protetivo em favor de delinquentes em flagrante, criando odiosa imunidade ao criminoso.

Qualquer infração penal que esteja sendo praticada dentro da casa pode ser interrompida, ainda que se trate de contravenção penal. O termo flagrante delito deve ser interpretado extensivamente, pois não faria sentido proteger o cidadão contra apenas uma das espécies do gênero infração penal (crime), deixando-o desamparado quando for vitimado pela outra modalidade (contravenção penal).

Se quanto ao crime instantâneo não há maiores polêmicas, existe importante discussão quanto ao flagrante de crime permanente. Sabemos que crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo), e enquanto não cessar a permanência, admite-se sua prisão em flagrante (art. 303 do CPP) mesmo que dentro de sua casa.

A polêmica reside não na possibilidade da entrada na casa, mas no grau de certeza de que o crime está ocorrendo. Há quem entenda necessária a certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública. Outros afirmam que bastam fundadas razões de que há uma situação flagrancial, demonstradas por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica). Por fim, existe quem dispense a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, contentando-se com a mera desconfiança pessoal de que um crime está a ocorrer no interior da casa. O Supremo Tribunal Federal se

33 SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão a crime. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 48.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 416.

35 TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de Processo Penal Comentado. v. 1. São Paulo: Saraiva, 200, p. 689.

36 STF, RHC 91.189, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23/04/2010 STJ, HC 10.899, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/04/2001.

filiou à posição intermediária:

Do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida. (...) Por estar a certeza fora do alcance, a legislação costuma exigir modelos probatórios bem mais modestos para medidas de investigação. Para busca e apreensão, por exemplo, o Código de Processo Penal exige apenas “fundadas razões”.<sup>37</sup>

Por isso, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

O posicionamento da Suprema Corte não eliminou por completo a problemática, pois a expressão fundadas razões é polissêmica, de maneira que persiste a busca por parâmetros mais seguros de interpretação do requisito.

Assim, se de um lado não se deve incentivar o exercício da adivinhação que coloque a violação do domicílio numa verdadeira loteria, de outro exigir uma confirmação visual muitas vezes impossível de ser obtida é temerário e enfraqueceria sobremaneira o combate aos covardes criminosos que não respeitam sequer o recato do lar.

Cabe estacar que as fundadas razões não precisam ser demonstradas de antemão, sob pena de inviabilizar a agilidade necessária à medida, podendo ser apresentadas após a conclusão da diligência. Isso não significa que tais elementos não devam ser de conhecimento prévio pelo agente, já que para o afastamento da ilicitude do ato não se pode deixar de perquirir o elemento subjetivo do agente.<sup>38</sup>

Além disso, a denúncia anônima, por si só, não constitui embasadas razões a autorizar o acesso à residência, devendo ser robustecida com elemento adicional.<sup>39</sup> A notícia criminis apócrifa só será útil uma vez seguida de diligências para confirmar os fatos nela noticiados. Só pode ser prestigiada a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida cautelar.

## CONCLUSÃO

37 STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015.

38 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 1. São Paulo: Método, 2014, p. 468.

39 STF, HC 106.152, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 29/03/2016; STF, RHC 117.988, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014; STJ, HC 137.349, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 04/10/2012.

Tendo como premissa o raciocínio delineado, foi possível verificar que a inviolabilidade domiciliar representa um elemento constante das Constituições modernas, ganhando corpo a partir das cartas de direitos na era das revoluções.

É preciso muito cuidado ao se mitigar a individualidade, sob pena de se vulnerar a própria identidade do sujeito e criando campo fértil para a instalação da cultura do controle panóptico, no qual os limites entre o público e o privado são inexistentes.<sup>40</sup>

O asilo inviolável do indivíduo, como direito fundamental que é, não possui caráter absoluto, razão pela qual a própria Constituição Federal cuidou de trazer exceções em que outros interesses devem preponderar sobre o recato do lar.

Dentre elas ganha destaque o flagrante delito, situação emergencial em que se torna necessário cessar a atividade criminosa como medida de autodefesa da própria sociedade. O resguardo da casa não deve preponderar sobre a necessidade de interromper a prática delitiva. Todavia, a entrada na casa deve ser precedida da constatação de fundadas razões, evitando que o ingresso não autorizado na residência se convolue em verdadeiro exercício de adivinhação, loteria que enfraqueça demasiadamente a garantia individual.

Destarte, a inviolabilidade do domicílio, entendida como uma das principais garantias do cidadão contra ingerências arbitrárias do Estado e de particulares, deve ser lida de modo a garantir a máxima efetividade desse direito fundamental decorrente diretamente da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Maurício Zanoide de. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, 2004.

BOTELHO, Marcos César. A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada como forma de garantia da intimidade e da privacidade. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 12, jan./jun. 2010.

---

40 BOTELHO, Marcos César. A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada como forma de garantia da intimidade e da privacidade. *Argumenta Journal Law* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP), Jacarezinho, n. 12, jan./jun. 2010.

BARILE, Paolo, Diritti del'uomo e libert  fondamentali. Bolonha: II Molino, 1984.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Interpreta o do foro privilegiado atrapalha investiga es policiais. Revista Consultor Jurídico, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/academia-policia-interpretacao-foro-privilegiado-atrapalha-investigacao-policia>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Contornos do mandado de busca e apreensão – requisitos e controle da atividade policial. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 14-22, jan./mar. 2007.

GROTTI, Dinorá A Musetti. inviolabilidade de domicílio na Constitui o. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1976.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. v. 1. São Paulo: Método, 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. Constitui o Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execu o penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na preven o e repressão aocrime. São Paulo: Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Marcelo Cardozo da. A prisão em flagrante na Constitui o. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de processo penal comentado. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constitui o e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999.

# TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – O VELHO PROBLEMA DOS VERBETES

Leonam de Moura Silva GALELI<sup>1</sup>  
Gabriela VALENTINARI<sup>2</sup>

## RESUMO

Este trabalho busca alertar para o sério problema da falta de fidelidade dos enunciados sumulares aos precedentes que lhe deram origem. Para garantia de isonomia e segurança jurídica no bojo das demandas judiciais casos idênticos devem obter a mesma decisão, com uma interpretação uniforme de acordo com a sistemática jurídica em vigor, à luz da Constituição Federal. Por conta disso é imperioso buscar uniformidade de interpretação e coerência nas decisões judiciais. A edição de súmulas surge como provável solução para esse impasse, pois, em tese, nela se expressa o entendimento reiterado dos Tribunais Superiores, verticalizando-se as interpretações judiciais. No entanto, existem sérios vícios de forma na elaboração dos enunciados sumulares que, em última análise, comprometem seriamente o Estado Democrático de Direito e o acesso à justiça, e devido à promulgação de um Novo Código de Processo Civil necessário se faz reavaliar o modo como o sistema precedentalista se desenha na nossa tradição jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Súmula. Precedente. Uniformização da Jurisprudência.

## ABSTRACT

This study sought to draw attention to the serious problem of lack of loyalty statements sumulares with previous statements from which they originate. To guarantee equality and legal security in the wake of similar cases lawsuits should get the same decision, having a uniform interpretation in accordance with the legal systematic in force in the light of the Constitution. Because of this it is imperative to seek uniformity of interpretation and consistency in judicial decisions. The dockets editing appears as likely solution to this impasse, because, theoretically, it expresses the understanding reiterated the Superior Courts, verticalization to the legal interpretations. However, there are serious procedural defects in the preparation of sumulares statements that ultimately, seriously undermine the democratic rule of law and access to justice, and due to the enactment of a new Civil Procedure Code necessary to make reevaluate how precedentalista the system is designed in our legal tradition.

**KEY-WORDS:** Docket . Precedent. Standardization of Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 rememorou a discussão acerca dos precedentes

- 1 Possui graduação em Direito pela Faculdades Integradas de Bauru, curso-tecnico-profissionalizante em Técnico Informática pelo Colégio Técnico Industrial - UNESP Bauru e ensino-medio-segundo-graupela E. E. Ernesto Monte. Atualmente é Advogado do Franco & Galeli Advocacia e Consultoria Jurídica. Tem experiência na área de Direito.
- 2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino, atuando principalmente no seguinte tema: súmula. precedente. uniformização da jurisprudência.

judiciais, súmulas e a dita “integridade da jurisprudência”. É notória a necessidade de buscar uma interpretação judicial coerente com a Constituição, garantidora da isonomia na tutela jurisdicional, da segurança jurídica com a previsibilidade das decisões, e, conseqüentemente, a integridade da jurisprudência.

Com isso, faz-se necessário revisitar a projeção do precedentalismo no direito brasileiro, estudar as tradições jurídicas da Common Law e Civil Law, com a devida compreensão de seus institutos, sob a ênfase do processo de elaboração dos enunciados sumulares e a questão da infidelidade destes aos precedentes que lhe originaram.

Tidas como uma criação genuinamente brasileira, as súmulas, que não raras vezes se resumem a seus enunciados, se vendem como um sistema de precedentes, porém as divergências são manifestas, o que demanda um estudo aprofundado para esclarecer certos equívocos.

Os enunciados sumulares, em síntese, são verbetes que ganham, com a lei 13.105/2015, maior capacidade vinculativa, com sólidas implicações na questão da nulidade das decisões e na prestação da tutela jurisdicional em geral.

Tais verbetes apresentam um sério problema de ordem pública, com cunho constitucional de legitimidade democrática, pois, conforme já denunciado em célebres teses, não guardam a devida fidelidade aos precedentes que lhe deram origem, inovando assim na ordem jurídica, sem possuírem a legitimidade adequada para tanto.

Há enunciados baseados em apenas um ou dois julgados, outros que traduzem comando normativo diverso daquele expresso nas razões de decidir que lhe deram origem, e alguns, até mesmo, completamente contrário a eles.

Assim, devido aos sérios reflexos das súmulas na prestação jurisdicional por conta da promulgação da nova lei processual, será necessária uma revisão dos enunciados atualmente em vigor, acompanhada de uma modificação substancial em seu processo de elaboração, corrigindo-se as falhas existentes.

A presente pesquisa, portanto, se dispõe a analisar como o sistema precedentalista da Common Law se projetou na tradição jurídica da Civil Law, com atenção as súmulas, e em especial a elaboração dos enunciados sumulares.

Com tais informações, a análise passa para os reflexos dos enunciados sumulares no novo Código de Processo Civil, denunciando a necessidade de uma revisão dos verbetes já existentes para uma adequada aplicação das interpretações judiciais coerentes com nossa Constituição Federal e, conseqüentemente, com nosso Estado Democrático de Direito.

## **A APROXIMAÇÃO ENTRE A CIVIL LAW E A COMMON LAW**

As tradições jurídicas da civil law e common law possuem, cada qual, características e contornos próprios, porém, atualmente uma miscigenação permeia tais tradições, aproximando-as de maneira que institutos inerentes ao common law ganham repercussão e aplicabilidade nas tradições de civil law, como é o caso dos precedentes judiciais.

As famílias de tradição anglo-saxônicas, adeptas a common law, refletem um profundo apreço e respeito pelos costumes gerais e pela jurisprudência, evidenciado na tradição dos precedentes obrigatórios, o stare decisis. Para tal tradição é necessário o respeito às decisões judiciais anteriores, mais especificamente as razões de decidir de tais julgados, pois a norma emana, também, e em primeiro lugar, do poder judiciário.

Em síntese, o juiz cria o direito a partir do caso concreto aplicando conceitos que devem refletir uma interpretação uniforme e coerente para todo o sistema. É a teoria constitutiva da jurisdição, embasada na admissão do chamado law-making authority, que consiste na autoridade de criar leis dada aos juízes na common law.

O precedente é construído para solucionar o caso concreto, sendo utilizado, posteriormente, para nortear e solucionar casos futuros com a devida análise e comparação, em que se extrai a ratio decidendi e dispensa-se o que é considerado dictum, ou seja, que não faz parte da essência da fundamentação da decisão, e que, conseqüentemente não tem efeito vinculativo. Lenio Streck<sup>3</sup> esclarece como o precedente se desenha na tradição da common law:

O precedente possui uma holding, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e sim, na tradição. Para vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um dictum.

Os juízes devem respeito a tais precedentes, devendo fundamentar as situações em que o caso concreto não se satisfaz com a norma extraída da decisão anterior, operando o

3 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O que é isto – O precedente judicial e a súmula vinculante? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30.

distinguishig, a distinção entre os casos.<sup>4</sup>

Lenio Streck afirma que para um precedente ser afastado o juiz deve apresentar uma demonstração “cabal de que a ratio decidendi exposta no caso paradigma não se aplica ao caso sub judice”<sup>5</sup>.

O contexto histórico das civilizações adeptas a common law auxilia na compreensão desse “poder” conferido aos juízes, pois na luta contra o Absolutismo eles não figuraram como inimigos, mas sim aliados, afirma Marinoni:

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.)<sup>6</sup>

Já nas tradições adeptas a Civil Law, os ideais da Revolução Francesa e do Iluminismo conduziram a um enrijecimento de postura em relação ao judiciário, em que o juiz figurava como mera “boca da lei”. Tal postura encontra justificativa na herança histórica que o judiciário representou na França.

A Separação dos Poderes de Montesquieu foi embasada na realidade do judiciário da época, inclusive, na própria experiência pessoal de Montesquieu, que nasceu em uma família de magistrados e acompanhou de perto os privilégios e corrupções da classe que não guardava compromisso com os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, mas sim com os interesses da aristocracia feudal, “em cujo nome atuavam sob as togas”<sup>7</sup>

Por conta disso, a Revolução Francesa desenhou um cenário de luta contra o Absolutismo muito diferente do que ocorreu na Inglaterra, foi retirado do judiciário qualquer tipo de poder e autonomia, transformando-o em mero aplicador da lei ao caso concreto.

A Revolução proclamou, como um de seus primeiros princípios, a absoluta supremacia do direito escrito; do direito originado do corps législatif por representantes do povo, enquanto reduzia o Judiciário a desempenhar uma tarefa puramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos. Naturalmente, também a fé roussoniana na “infallibilité” da “loi”, como expressão da “volonté générale”, encontrou sua maior expressão neste desdobramento revolucionário.<sup>8</sup>

Assim, a própria Separação dos Poderes teve expressão diversa na França e na América, como afirma Cappelletti:

---

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.325.

5 STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.29.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.34.

7 Ibidem, 2013, p.50.

8 CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional da 4ª Região. Porto Alegre: 1990, p. 28.

Na realidade, a estrita separação, “French style”, dos poderes governamentais, se de inspiração realmente “montesquiana” ou não, estava a milhas de distância do tipo da separação dos poderes praticamente adotada ao mesmo tempo pela Constituição Americana. A separação dos poderes na América é melhor caracterizada como “pesos e contrapesos” e sob este princípio está reservada aos tribunais a função extremamente importante de rever atos do Legislativo e da Administração. “Séparation des Pouvoirs” no estilo francês, ao contrário, implicava que o Judiciário deveria, a qualquer preço, assumir um papel totalmente subserviente, estritamente diverso do papel e da atividade dos órgãos políticos.<sup>9</sup>

Porém, principalmente em razão do Constitucionalismo, o juiz da civil law muito se aproximou ao juiz da common law. O dogma da norma geral, abstrata, coerente e proveniente do Poder Legislativo, inerente ao civil law, não resistiu diante das mudanças históricas, com o panorama de leis injustas e contrárias ao bem comum.<sup>10</sup>

Com isso, para maior segurança e efetividade dos direitos considerados básicos e fundamentais, na busca pelo controle de leis arbitrárias e injustas, consolidou-se o que foi chamado por Ferrajoli de uma segunda revolução em contraposição à revolução referente ao princípio da legalidade, em que se sobressaiu o poder absoluto do Legislativo<sup>11</sup>. Passou-se a enxergar a legalidade além da forma, conhecida como legalidade substancial, em que a lei deveria guardar compatibilidade com a Constituição e com os direitos e princípios fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico.

Com isso, o juiz da civil law adquiriu grande autonomia, e, para Marinoni, tal autonomia ultrapassa aquela conferida aos juízes da common law, uma vez que estes estão vinculados a força obrigatória de seus precedentes, enquanto que aqueles não referenciam o mesmo respeito<sup>12</sup>.

O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do civil law, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no common law.<sup>13</sup>

A presente pesquisa não almeja apontar qual dos grandes sistemas seria o mais aprimorado ou adequado, essa análise torna-se, no mínimo falaciosa, uma vez que cada

---

9bidem: 1990, p. 29.

10 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.65.

11 FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.66.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.38

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.67.

tradição se desenvolveu em contextos sociais e históricos diversos e cada qual possui seus próprios contornos e fundamentos.

O que se busca nesta análise é destacar, ainda que de maneira perfunctória, as características de cada um, com uma visão de seu desenvolvimento e suas implicações no direito a fim de pontuar a aproximação que permeia esses dois grandes sistemas, como afirma Miguel Reale:

Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do common law invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.<sup>14</sup> (2012, p.142,143)

Dessa forma, ganha relevância o debate acerca do sistema de precedentes no Brasil, principalmente com a vigência do Novo Código de Processo Civil, o qual atribui maior vinculação e força aos precedentes, com o intuito de se conquistar uma dita integridade da jurisprudência e coerência das decisões judiciais.

## **DECISÕES JUDICIAIS E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E SEGURANÇA JURÍDICA**

Grande insegurança é gerada por decisões contraditórias emanadas, algumas vezes, de um mesmo Tribunal, em relação a casos ditos idênticos, relacionados à aplicação de uma mesma lei. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>15</sup> conduz a um intrigante raciocínio, partindo da premissa constitucional de que todos são iguais perante a lei, e de que essa, portanto, deve ser igual perante todos, a interpretação dada a ela, quando analisada sob a ótica do caso concreto, no bojo da ação judicial, também deve obedecer a essa pretensa isonomia.

A civil law, especialmente no direito brasileiro, sofreu uma mutação, fruto da própria evolução, com a superação da ideia, ancorada na Revolução Francesa, de que o juiz não pode interpretar a lei, o que conduziu a um judiciário que não só interpreta, mas que também é incumbido do controle de constitucionalidade dessa lei.

Com essa nova incumbência, imposta pelo desenvolvimento da sociedade e do direito, os juízes de civil law ao lidar com essa “autonomia” interpretativa, acabam por decidir

14 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.142,143.

15 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.27.

casos ditos iguais de maneira diferente, sem nenhum respeito pela técnica interpretativa, e pior, sem coerência e análise da própria jurisprudência das Cortes Superiores.

Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.<sup>16</sup>

Assim, o pensamento revolucionário francês foi superado de forma que passou-se a admitir que as leis necessitam de interpretação. No entanto, tal interpretação para aplicação ao caso concreto precisa estar em harmonia com todo ordenamento e pautar-se sempre na Constituição Federal, constituindo-se uma técnica interpretativa coerente e íntegra suficiente para que seja possível e adequada sua vinculação.

Para Marinoni<sup>17</sup>, consiste em uma ingenuidade pensar que existe apenas uma interpretação para a lei, segundo ele, por mais primorosa e aprimorada que a elaboração linguística se apresente, o texto legal carrega um significado ambíguo e vago, carecendo de interpretação.

Diante disso, surge a necessidade da construção de um sistema em que exista um norteamento das interpretações dadas às leis, norteamento hierárquico, visto em nosso sistema piramidal de divisão do Poder Judiciário, como emanado dos Tribunais Superiores, buscando-se sempre a interpretação conforme a Constituição.

Embora a decisão judicial não possa se esquivar da compreensão do significado dos direitos fundamentais e da consideração de elementos que, não estando definidos nas normas jurídicas, são imprescindíveis à sua compreensão, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de afirmar o significado de um direito fundamental e, não obstante isso, deixar-lhe desobrigado perante a palavra final da Corte Suprema. Isso simplesmente porque, em todo e qualquer sistema judicial dotado de racionalidade, cabe à corte de vértice definir o sentido dos direitos, particularmente dos direitos fundamentais, sendo apenas por essa razão lógica incompreensível a possibilidade de um juiz ou tribunal ordinário conferir a uma norma constitucional significado diverso daquele que já lhe foi atribuído pela Corte Suprema.<sup>18</sup>

No entanto, Lenio Streck<sup>19</sup> ressalta que não existe um procedimento teórico

---

16 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.99.b

17 MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em [http://www.marinoni.adv.br/files\\_/O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx](http://www.marinoni.adv.br/files_/O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx)

18 MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.55.

19 STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.13.

processual que norteie de maneira eficiente essa almejada uniformização, afirma que cada vez mais se busca afastar o caso real da análise judicial, operando mecanismos que vinculam teses, e não casos. Pontua, ainda, que há uma busca por celeridade e efetividade processual através da eliminação da análise dos casos concretos. Critica a falta de uma verdadeira análise hermenêutica, bem como a falta de uma adequada fundamentação das decisões, denuncia um descompromisso do julgador com o sistema legal vigente apontando que o juízo de conveniência norteia muito mais a decisão do que o ordenamento Constitucional vigente.<sup>20</sup>

Buscar resolver o impasse das demandas repetitivas com enunciados sumulares, sem a preocupação com a séria e adequada análise das razões de decidir que levaram a construção daquele enunciado, é apresentar, como afirma Streck, “respostas antes das perguntas”<sup>21</sup>, e, sobretudo, assumir um descompromisso com a qualidade da prestação jurisdicional face a celeridade a qualquer custo.

Marinoni critica avidamente a falta de respeito aos precedentes no sistema brasileiro, pois segundo ele, a atividade do juiz da civil law, que possuiu o “poder deve de controlar a constitucionalidade no caso concreto” pode ser nociva ao sistema caso não exista um respeito obrigatório aos precedentes.<sup>22</sup>

Isso que dizer, em outras palavras, que as decisões dos juízes de civil law, no mínimo quando abordam matéria constitucional ou se valem de cláusula geral, relacionam-se com a previsibilidade nos mesmos moldes das decisões de common law, o que significa que a nossa realidade, que convive com a correção da legislação a partir dos direitos fundamentais por qualquer juiz ou tribunal ordinário e com o emprego cada vez mais difundido de cláusulas abertas, não pode adiar a teorização de um sistema de precedentes obrigatórios, capaz de dar a devida autoridade às decisões das Cortes Supremas – isto é, do STJ e do STF.<sup>23</sup>

No entanto, a aplicação séria dos precedentes, com respeito à técnica, e principalmente à Constituição, muito pode contribuir para a integridade das decisões judiciais e a busca pela isonomia processual, com a conseqüente segurança jurídica.

É certo que precisamos garantir segurança e previsibilidade na aplicação do Direito, como assevera Livia Pitelli Zamarian<sup>24</sup>, alcançamos esse objetivo através de decisões com coerência e que utilizem de maneira igualitária a mesma regra de conduta para casos iguais.

Porém, observamos um judiciário cada vez mais preocupado com a celeridade a

---

20 Ibidem, 2013, p.99.

21 Ibidem, 2013, p.13 - 14.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.17.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.63.

24 ZAMARIAN, Livia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012, p. 79.

qualquer custo, deparamo-nos com um sepultamento diário da argumentação jurídica e consequentemente da efetiva tutela jurisdicional.

A lei 13.105/15 evidencia novos rumos para o processo civil brasileiro, apresentando a chamada Cultura dos Precedentes Obrigatórios como uma de suas bandeiras, o que requer um aprofundamento a respeito do tema, e uma revisão do que atualmente se aplica como precedente, para evitar que os velhos problemas persistam.

## **TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E AS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO**

O artigo 479 do Código de Processo Civil de 1973 positivou o instituto das súmulas, porém, o Supremo Tribunal Federal já o adotava desde o ano de 1964 através da Comissão de Jurisprudência, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves, que aprovaram verbetes que refletiam a jurisprudência dominante daquela Corte.<sup>25</sup>

Mas a preocupação com a uniformização da jurisprudência e a busca por um mecanismo que a efetivasse surgiu desde o Projeto de Constituição do Instituto dos Advogados Brasileiros, no ano de 1946, cuja autoria pertencia ao jurista Haroldo Valadão.<sup>26</sup>

Estudiosos do direito comparado apontam grandes semelhanças entre súmulas e os antigos assentos portugueses, atualmente extintos, pois estes também objetivavam unificar as interpretações judiciais, e, consequentemente, a jurisprudência.

O exame dos modelos de controle da divergência jurisprudencial não pode dispensar uma breve incursão pelo Direito Português. Primeiro, porque aí tiveram origem os assentos obrigatórios, que, potencializaram a eficácia da jurisprudência, permitiram sua elevação à condição de fonte formal ou forma de expressão do Direito, na medida em que tais enunciados se expressavam em modo abstrato, geral e impositivo, apresentando, pois, características próprias das normas legais. E, segundo lugar, esses assentos aportaram no Brasil Colônia e aqui frutificaram, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império.<sup>27</sup>

Assim, paulatinamente a jurisprudência brasileira foi se institucionalizando em súmulas, e irradiando efeitos para o ordenamento jurídico, o que foi expresso, por exemplo, no artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, o qual previa a súmula impeditiva de recurso.

Porém o ápice de tal instituto se deu com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004,

---

25 STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.109.

26 Ibidem, 1998, p.110.

27 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.217-218.

que acrescentou à Constituição Federal o artigo 103-A, introduzindo no Brasil a súmula vinculante.

Antes de compreendermos o instituto específico das súmulas, é salutar esclarecer alguns conceitos importantes que, não raras vezes, atuam como sinônimos no âmbito jurídico, mas que possuem significados e funções diversas, e que, sobremaneira agora com a vigência de um novo Código de Processo Civil, precisam estar muito bem delimitados no pensamento do aplicador do direito, são eles os conceitos de precedentes e súmula.

Os precedentes consistem nas razões que levaram o julgador a decidir um determinado caso concreto. Está calcado em uma conjuntura do ordenamento jurídico, em que a lei, os princípios e a interpretação judicial constroem a decisão, refletindo sua essência, em conformidade com a integridade do sistema, especialmente com a Constituição Federal, é um meio de “tutela da igualdade”.<sup>28</sup>

As súmulas, por outro lado, consistem em uma instituição genuinamente brasileira, que busca expressar, por meio de um verbete geral e abstrato, muito semelhante à lei, os precedentes reiterados.

Para Lenio Streck, precedentes “são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras” já as súmulas consistem em “enunciados gerais e abstratos editados para resolver casos futuros”.<sup>29</sup>

Assim, na contramão dos precedentes, a súmula “vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal.”<sup>30</sup> Consistindo em verbetes vazios de facticidade, elaborados para “responder perguntas antes das respostas”<sup>31</sup>.

A palavra súmula deriva do latim *summula*, que significa sumário, restrito, resumo. Consiste em uma síntese extraída de todos os casos semelhantes que decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara, um verbete sumular. Em tese, a súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões.<sup>32</sup>

Miguel Reale define súmulas como uma espécie de organização sistemática da jurisprudência, ressaltando que não consiste em um instituto estático, mas sujeito ao

28 MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.66.

29 STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30-31.

30 Ibidem 2013, p.62.

31 Ibidem, 2013 p.31.

32 Supremo Tribunal Federal, Glossário Jurídico, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=382>, acesso 16/jul/2015.

aprimoramento contínuo inerente à ciência jurídica, segundo ele:

Podemos dizer que as súmulas são como que uma sistematização de prejulgados, ou, numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo.<sup>33</sup>

Assim, temos as súmulas como uma sistematização da interpretação reiterada dada pelos Tribunais Superiores a respeito de determinado tema, a fim de nortear o entendimento dos juízos inferiores.

Elas deveriam expressar os princípios e razões que sustentaram decisões reiteradas, refletir os precedentes que lhe originaram, a análise de comparação para aplicação ao caso novo deveria partir da essência que a originou, ou seja, dos precedentes expressos nas razões de decidir dos julgados.

No entanto, para Marinoni, as súmulas foram idealizadas como mecanismo de resolução de casos repetitivos e de pouca complexidade com pouco, ou até nenhum compromisso com a “coerência da ordem jurídica ou a igualdade e previsibilidade”.<sup>34</sup>

Para ele, a institucionalização das súmulas preocupou-se muito mais com a celeridade processual, com “desafogar o judiciário” do que com a integridade da jurisprudência e segurança jurídica.

Como as súmulas foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, ou melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram.<sup>35</sup>

Lenio Streck também critica avidamente o papel das súmulas no direito brasileiro, discorda da uniformização de entendimentos relacionados pura e simplesmente a teses, sem a análise adequada e profunda do caso concreto.

(...) a resposta principal que o sistema jurídico vem dando para a falta de integridade da jurisprudência (...), tem sido a busca da uniformidade a partir de decisões dos tribunais superiores. A ideia é padronizar entendimentos a respeito de teses (e não causas, porque essas estão prenhes de facticidade) e adiantar ao utente, já no primeiro grau, ou o quanto antes, a solução que ele haveria de receber depois. Com isso se privilegia o princípio da duração razoável do processo, consagrado no coração do sistema via Emenda Constitucional.<sup>36</sup>

Dessa forma, vemos que na prática forense aplicam-se as súmulas de maneira muito

33 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.175.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.17.

35 Ibidem, 2013, p.482.

36 STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.12-13.

semelhante as leis, estática e obrigatória, sem a preocupação com os precedentes que construíram aquele verbete, e conseqüentemente, sem a preocupação com a análise e comparação adequadas para casos de superação do precedente, caminhando para um sério enrijecimento do direito.

Os verbetes sumulares deveriam apenas consistir em uma espécie de catálogo, ou índice sistemático, servindo de orientação inicial para o estudo e busca dos precedentes judiciais, pois estes sim merecem atenção e respeito obrigatório.

Os precedentes judiciais não estabelecem uma interpretação pronta e acabada, mas apontam o caminho que as Cortes Superiores, responsáveis pela interpretação do direito, ditam adequado e coerente frente ao nosso ordenamento jurídico. A “resposta” não está pronta e acabada para simples subsunção ao caso concreto, ela precisa ser lapidada e comparada, a faticidade deve ditar a aplicação do precedente, a distinção ou a superação, e esse não é um trabalho simples e rápido, que garante celeridade por si só, isso é apenas uma consequência, trata-se muito mais do direito observando o próprio direito, uma questão de coerência e racionalidade.

## **O SÉRIO PROBLEMA NA ELABORAÇÃO DOS ENUNCIADOS SUMULARES E SEUS REFLEXOS NO NOVO CPC**

Como já vimos, as súmulas devem, em síntese, se originar da jurisprudência, que consiste em reiteradas decisões de nossos Tribunais. Mancuso<sup>37</sup> em uma análise histórica da expressão jurisprudência, afirma que esta guardava ligação com a atividade dos juriconsultos da época do Direito Romano, segundo ele ditos prudentes, que buscavam interpretar os textos jurídicos com competência, conhecimento e cautela.

Assim, desde os primórdios, lembrando aqui dos antigos assentos portugueses, as súmulas, ao menos em tese, devem refletir o posicionamento coerente e prudente e, atualmente, também consistir na jurisprudência dominante, pacificando questões controvertidas, apontando a interpretação a ser seguida pelos julgadores.

No entanto, após uma análise empírica de algumas súmulas constatam-se inúmeros erros grosseiros na relação entre o enunciado e a ratio decidendi dos julgados que lhe originaram. Há casos de súmulas totalmente contrárias a seus precedentes, outras baseadas em apenas um julgado e enunciados que transmitem uma norma cogente totalmente

---

37 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.15-16.

independente, inovando assim no ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

Ora, admitir que perdurem situações totalmente regulamentadas administrativamente pelo Judiciário, irradiando efeitos para todo ordenamento pátrio, com consequências afetas ao direito fundamental a uma efetiva prestação jurisdicional e ao próprio Estado democrático, a separação dos poderes e, inclusive, ao acesso à justiça, materializa um sepultamento do texto Constitucional.

A jurisprudência emerge de demandas jurídicas em que foram amplamente respeitados os princípios constitucionais do processo, como o contraditório e a isonomia entre as partes, no âmbito da análise do caso concreto. Um Tribunal que estabelece um enunciado, geral e abstrato, em desrespeito a essa jurisprudência legitimamente construída, materializa um órgão que extrapola os limites de suas atribuições, sobrepondo-se a um Poder democraticamente estabelecido para a elaboração das leis.<sup>39</sup>

(...) é legítimo ao Poder Judiciário decidir as questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do judiciário? Esse é o ponto crítico que tem sido ignorado por nossa doutrina. Vale dizer, em sistema vinculado ao civil law perante o qual existe previsão constitucional expressa do princípio da legalidade, seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos? Em função dos graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro, é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentarias para a esfera de decisão do Judiciário?<sup>40</sup>

Analisando por outra vertente, a própria justificativa histórica para a elaboração das súmulas vinculantes escancara a desvirtuação do instituto. Em 15 de novembro de 2004, o Brasil firmou o Pacto de Estado a favor de um Judiciário mais rápido e Republicano, externando a preocupação internacional com os casos de grande morosidade e, conseqüente, falta de efetividade do judiciário brasileiro.

Foi impulsionada por esse pacto que surgiu a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como a Emenda de Reforma do Poder Judiciário, o que legitimou competência para a elaboração das súmulas vinculantes.<sup>41</sup> Assim, os motivos determinantes para a necessidade de uma padronização mais eficiente de nossos Tribunais foi a exigência de um processo mais célere e efetivo.

---

38 ZAMARIAN, Livia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012, p.101.

39 ZAMARIAN, Livia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012, p.104.

40 STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.60.

41 LARANJEIRA, Marcelo. Breves Considerações sobre a Legitimidade Democrática da Súmula Vinculante a partir da Perspectiva Habermasiana. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/30009/breves-consideracoes-sobre-a-legitimidade-democratica-da-sumula-vinculante-a-partir-da-perspectiva-habermasiana>

No entanto, um sistema precedentalista não visa mecanizar o trabalho do magistrado, mas, ao contrário, exige uma tutela mais apurada e fundamentada, pois cabe ao julgador buscar elementos vinculantes em decisões anteriores relativas a casos análogos, extrair as razões de decidir e encontrar a norma de conduta que deve ser preservada e utilizada para nortear sua decisão futura.<sup>42</sup>

Portanto, fora o grave e principal problema de o instituto da súmula não ter sido atrelado à afirmação da coerência da ordem jurídica e à garantia da segurança jurídica e da igualdade, as súmulas foram vistas como normas gerais e abstratas, tentando-se compreendê-las como se fossem autônomas em relação aos fatos e aos valores relacionados com os precedentes que as inspiraram. Esqueceu-se, como está claro, que as súmulas só tem sentido quando configuram o retrato da realidade do direito jurisprudencial de determinado momento histórico e que, assim, não se podem deixar de lado não apenas os precedentes que as fizeram nascer, mas também os fundamentos e os valores que os explicam num certo ambiente político e social.<sup>43</sup>

Dessa forma, a ideia de apenas acelerar o processo através do respeito obrigatório aos precedentes, e pior, acreditar que o método adequado é através das súmulas, consiste em uma ingenuidade, pois um trabalho de maior trato interpretativo exige, conseqüentemente, um dispêndio temporal maior, mas em contrapartida, oferece uma tutela mais íntegra, justa e coerente.

O sistema precedentalista pode oferecer ao Brasil uma prestação jurisdicional mais efetiva, com maior qualidade e compromisso com o próprio direito, pautado em ideais de justiça e bem comum, porém, a celeridade deve ser encarada apenas como consequência lógica de se observar o próprio direito, e não como mola propulsora da vinculação das decisões judiciais a qualquer custo.

Ainda, é importante frisar que súmulas não se confundem com precedentes, a “sumulatria brasileira”<sup>44</sup> deve ser combatida, uma vez que breves enunciados gerais, abstratos e obrigatórios muito se assemelham as leis, o que gera um sério problema de legitimação democrática, além do que, mesmo as súmulas, necessitam de interpretação, e voltamos assim para o status quo.

O Novo Código Processual fora pensado para atender aos novos anseios sociais, e, principalmente, fora elaborado com uma pseudo visão “estratégica” para acabar com a morosidade processual. Positivas ou não, essas mudanças impactam todo o processo civil brasileiro, refletindo na prestação da tutela jurisdicional. Apostou-se muito na vinculação e

---

42 Ibidem, 2013, p.66.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.482

44 ZAMARIAN, Livia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012.

autoridade das decisões judiciais, na autoridade das Cortes Superiores, nas súmulas e precedentes.

O diploma processual de 1973, em seu artigo 479 já estabelecia o instituto das súmulas, dispostas como uma alternativa para vinculação das decisões dos Tribunais Superiores e uniformização de sua jurisprudência:

Porém, o Novo CPC foi além e disciplinou o mesmo instituto da seguinte maneira:

Art. 926. Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.  
§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.  
§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Logo no caput do dispositivo observamos a primeira mudança, a ordem para que todos os Tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. Aqui já notamos a preocupação com a unidade do direito, com erradicar a dita loteria jurídica, trazendo previsibilidade e segurança.

O princípio da igualdade também foi consagrado com essa exigência, pois não é aceitável que em um país democraticamente organizado, casos semelhantes sejam solucionados de maneiras diversas, sem uma preocupação com a integridade do próprio direito.

Porém, a exigência de estabilidade deve ser interpretada com cuidado e reflexão, pois o texto sugere que a jurisprudência não pode ser alterada, uma vez que estável é sinônimo de inalterável, porém, de certo não podemos admitir um sistema em que os entendimentos não possam ser revistos, o direito é uma ciência acompanha a sociedade em suas mudanças, não sendo compatível, portanto, com algo estático.

Evidentemente, o sentido de estabilidade pretendido pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito – ou, ao menos, se espera que seja este, pois não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna – o que demonstra, consequentemente, as necessárias coerências e integridade do entendimento jurisprudencial.<sup>45</sup>

Mesmo em países de common law os precedentes não são inalteráveis, há, como já apontado, técnicas de distinção e superação, permitindo a maleabilidade e mutação inerente ao direito, acompanhando as demandas sociais.

Ainda que a primeira vista essa exigência de estabilidade da jurisprudência, após

---

45 NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1832.

uma interpretação adequada, aparente não oferecer perigo, as entrelinhas sugerem algo muito semelhante ao que se busca com os verbetes sumulares, que é tornar absoluto um enunciado, como se ali não houvesse interpretação, apenas a subsunção automática ao caso concreto.

O imaginário jurídico ainda se mantém fiel à letra da lei, por conta da herança positivista, e transpassa essa fidelidade aos enunciados das súmulas, como se a autoridade estivesse contida nas duas ou três linhas do verbete, sem a cultura adequada do precedente.

É esse pensamento que engessa o ordenamento jurídico e gera uma tutela jurisdicional ineficiente, ainda que mais célere. Não é prudente aceitar a celeridade a qualquer custo, e apostar em vinculação de enunciados sumulares não é o caminho.

O parágrafo segundo do artigo 926 do Novo CPC aparenta ser uma luz, nos leva a ter esperança de que a cultura das súmulas será substituída pela cultura dos precedentes, porém, é preciso ficar atento para lobos em pele de cordeiro.

Estabelece tal artigo que a súmula deve obedecer as circunstâncias fáticas dos precedentes que a originou. Com isso os Tribunais não devem se basear em seu próprio entendimento, mas sim no caso concreto, “os parâmetros indicados pelo caso concreto é que fixam a súmula, e não o contrário”<sup>46</sup>.

Mas isso já não deveria acontecer? Se as súmulas hoje são formadas a partir da jurisprudência, e a jurisprudência é construída de casos concretos, o que inovou? Na verdade, tal dispositivo reafirmou o latente problema dos verbetes sumulares que se desgarram dos seus precedentes.

Quando um Tribunal edita um enunciado pautado pura e simplesmente em seu entendimento acerca de determinada matéria, ele extrapola os limites da sua competência e inova no ordenamento jurídico, produzindo inconstitucionalidade.

Mas essa inconstitucionalidade é camuflada pela falta de cultura precedentalista no Brasil, pois os aplicadores do direito não estão familiarizados com a busca pelo precedente que originou a súmula, poucos se importam em analisar os casos concretos que sustentam o enunciado, aplicam o verbete sumular como se lei fosse, dando margem para situações de súmulas baseadas em entendimentos dos Tribunais e não em fatos levados ao judiciário pelos anseios da sociedade.

Se a cultura jurídica não se adequar para cobrar coerência do enunciado sumular com os precedentes que lhe originaram, continuaremos com o velho problema dos verbetes. A

---

46 NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1833.

solução não está apenas na alteração da lei, mas sim na postura do operador do direito, na mudança de paradigmas, na compreensão da verdadeira cultura dos precedentes.

O artigo 927 prevê que os Tribunais devem observar os enunciados de súmula vinculante, e os enunciados das súmulas (persuasivas) do STF e do STJ, colaborando ainda mais para a consolidação de que a autoridade está no enunciado sumular, sem incentivar a busca pelo precedente, pela verdadeira essência vinculativa, sepultando a teoria dos precedentes.

No entanto, nem tudo está perdido. O artigo 489, em seus incisos V e VI estabelecem que a decisão judicial não será considerada fundamentada, sendo, portanto, nula, caso se limite a citar enunciado de súmula ou a invocar precedente, sem apontar os fundamentos determinantes, demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta ao precedente.

Esse dispositivo pode representar um primeiro passo em direção à cultura dos precedentes, para tanto ele precisa ser interpretado como uma exigência de que o magistrado que aponte a ratio decidendi impulsionando que a análise não se baste apenas no enunciado, mas sim nos precedentes, nos casos anteriores, apontando às semelhanças que levaram o julgador a mesma conclusão do caso paradigma.

A grande preocupação dessa pesquisa consiste na aplicação desses dispositivos da mesma maneira como as súmulas tem sido aplicadas atualmente, sem uma verdadeira mudança de postura dos aplicadores do direito, sem a devida compreensão do sistema de precedentes, pois, caso contrário, caminharemos para um verdadeiro sepultamento da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais inerentes ao processo, abandonando a efetividade na prestação jurisdicional em troca da celeridade a qualquer custo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo dessa pesquisa consiste em alertar para o sério problema da falta de fidelidade dos enunciados sumulares aos seus precedentes de origem, apontando as consequências para o direito diante da promulgação do Novo CPC, demonstrando os reflexos para a integridade e efetividade da prestação jurisdicional, bem como para o Estado Democrático de Direito.

Assim, vimos que o direito das famílias de civil law se modificou ao longo do tempo, importando institutos inerentes as tradições de common law, como é o caso da vinculação das decisões judiciais por meio dos precedentes obrigatórios.

Também constatamos que essa mudança de paradigmas atendeu aos anseios sociais, que cada vez mais se admitiu que a norma necessita de interpretação e o juiz possui autonomia diante do julgamento do caso concreto, o que possibilita a diminuição de injustiças, o juiz deixou de ser mera boca da lei

Com um juiz mais ativo, a preocupação passou para a questão da igualdade e segurança jurídica no bojo das demandas judiciais, bem como para a questão da integridade e coerência do direito, uma vez que casos semelhantes deveriam ser interpretados de maneira coerente com o ordenamento jurídico e, com isso, apresentar uma resposta jurisdicional semelhante.

As súmulas surgiram como uma possível solução para a almejada unidade do direito, prometendo uma uniformização de entendimentos a partir das Cortes Superiores. Porém, apontamos as sérias falhas na elaboração das súmulas, e os riscos para o direito.

Dessa forma, tomando por base a dissertação de mestrado defendida por Lívia Pitelli Zamarian<sup>47</sup>, na qual foram analisadas empiricamente as súmulas dos dois principais Tribunais de nosso país, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, constata-se a veracidade das inquietações aqui levantadas.

Em sua análise, foram apontados erros grosseiros na elaboração de alguns enunciados sumulares, evidenciando a falta de compromisso com as razões de decidir dos julgados que lhe deram origem, onde a indicação dos precedentes acaba por apenas observar um requisito formal, afastando-se da sua real finalidade.

Foram constatados enunciados que abrangem situações mais amplas que seus precedentes, outros baseados em situações diversas daquelas retratadas por estes e, até mesmo, casos em que a súmula cria uma regra com base em jurisprudência não firmada, ou seja, com base em entendimento jurídico oscilante.

Diante dessas constatações, vivenciamos o alarmante impasse de ordem pública em relação aos enunciados sumulares, agravado pela iminente vigência de um novo código que valoriza e sistematiza a utilização dos precedentes.

Tal diploma legal introduz, como demonstrado, o sistema de precedentes em nosso ordenamento, em alguns pontos de maneira positiva, exigindo do judiciário a aplicação séria de tal instituto, mas, por outro lado, abre margem para a perpetuação do velho problema dos verbetes, em que o jurista apenas aplica o texto da súmula ao caso concreto, sem se preocupar

---

47 ZAMARIAN, Lívia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012.

com as razões de decidir, e nem ao menos com os precedentes que originaram aquele verbete.

De nada adianta uma nova lei processual sem uma mudança de postura do aplicador do direito, a cultura dos precedentes deve ser compreendida e aplicada corretamente, para só assim garantir verdadeira integridade e coerência nas decisões judiciais, proporcionando ao jurisdicionado os direitos fundamentais de igualdade, segurança jurídica e efetiva tutela Estatal.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Trad. Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional da 4ª Região. Porto Alegre: 1990.

LARANJEIRA, Marcelo. Breves Considerações sobre a Legitimidade Democrática da Súmula Vinculante a partir da Perspectiva Habermasiana. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/30009/breves-consideracoes-sobre-a-legitimidade-democratica-da-sumula-vinculante-a-partir-da-perspectiva-habermasiana> acessado em 17/08/2015 às 23h55.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: [http://www.marinoni.adv.br/files/\\_O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx](http://www.marinoni.adv.br/files/_O%20Precedente%20na%20Dimens%C3%A3o%20da%20Igualdade.docx), acesso em 15 de março de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Nelson Junior. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários aos Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. O que é isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função: A

Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMO Tribunal Federal, Glossário Jurídico. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=382>, acesso em 16 de julho 2015.

ZAMARIAN, Livia Pitelli. Sumulatria: O Deslocamento da Venda da Themis. Orientador: Flávio Luis de Oliveira. Tese (Mestrado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru – São Paulo, 2012.