



UNIVERSIDADE
FUMEC



COORDENADORES

Laís Alves Camargos
Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes
Fabrício Veiga Costa
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Direito Processual Civil e(m) Crise:

Por uma (Re)Construção Democrática
do Processo Civil Brasileiro

AUTORES

Adriano da Silva Ribeiro	Laís Alves Camargos
Ailana Silva Mendes Penido	Letícia da Silva Almeida
André Cordeiro Leal	Lucas Gonçalves da Silva
Camila Soares Gonçalves	Luciana Leal Pena
Daniel Firmato de Almeida Glória	Luiz Carlos Natan Trindade
Fabrício Veiga Costa	Maria Angélica Resende Pereira
Fernanda Silveira Mendes	Maria Luiza Bittencourt
Flávia Baracho Lotti Campos de Souza	Matheus Mendes Campos
Gabriela de Vasconcelos Sousa	Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes
Gabriela Nepomuceno Tanure	Paulo Márcio Reis Santos
Giovanni Galvão Vilaça Gregório	Rafael Dias Medeiros
Ivan Dias da Motta	Rogério Borba da Silva
Jean Carlos Dias	Sérgio Henriques Zandoná Freitas
Jessica Sérgio Miranda	Taíssa Keley de Oliveira Brito
João Pedro Barbabela Penna Amorim	Thaís Berganholi de Oliveira
Karine Souza da Silva	Wilson Engelmann

PREFÁCIO

Prof. Dr. Rogério Borba da Silva



UNIVERSIDADE
FUMEC

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS,
SOCIAIS E DA SAÚDE – FUMEC
Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo
Horizonte/MG – CEP 30310-190
(31) 3228-3090 – www.fumec.br

REITORIA

Reitor:

Prof. Dr. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação,

Pesquisa e Extensão:

Prof. Dr. Henrique Cordeiro Martins

Conselho Editorial – Universidade FUMEC

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Profa. Ketnes Ermelinda Guimaraes Lopes

Profa. Dra. Renata de Sousa da Silva Tolentino

Bibliotecária Ma. Priscila Reis dos Santos

Projeto Gráfico:

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Dr. Air Rabelo

Editoração Eletrônica:

Tecnologia da Informação / Produção Multimídia



Obra sob Licença Creative Commons
Atribuição 4.0 Internacional

Belo Horizonte/MG - 2020

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Dr. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Dr. Daniel Firmato de Almeida Glória e Profa.

Dra. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado

na área de concentração Instituições

Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito processual civil e(m) crise: por uma (re)construção democrática do
processo civil brasileiro / Coordenadores: Laís Alves Camargos...[et
al.]. - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2020

Obra publicada em Portable Document Format (PDF).

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-88864-00-5

1. Direito processual 2. Processo civil. 3. Processo civil - Brasil.
I. Título. II. Camargos, Laís Alves. III. Lopes, Paulo Eduardo Diniz
Ricaldoni. IV. Costa, Fabrício Veiga. V. Freitas, Sérgio Henriques
Zandona.

CDU: 347.91/.95

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E(M) CRISE: POR UMA (RE)CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A presente obra recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Edital Nº 01/2019 – ProPIC 2019/2020 de incentivo para produção científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado.

Todos os textos foram submetidos à banca de professores, com defesa e aprovação, e também submetidos ao Conselho Editorial da Universidade FUMEC.

A presente obra está disponibilizada no Repositório Institucional da Universidade FUMEC, com acesso aberto pelo link: <https://repositorio.fumec.br/>

O Repositório Institucional visa centralizar, preservar, tornar acessível e disseminar a produção científica e intelectual da Universidade FUMEC e de parceiros conveniados, buscando os índices de impacto exigidos pela CAPES.

APRESENTAÇÃO

LAÍS ALVES CAMARGOS¹

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES²

FABRÍCIO VEIGA COSTA³

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS⁴

A presente obra intitulada “**Direito Processual Civil e(m) crise**: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro” é um projeto interinstitucional que envolve docentes, discentes e demais pesquisadores das seguintes instituições de ensino superior: Curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC; e os Cursos de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGDs), nível mestrado e doutorado, da Universidade de Itaúna (UIT); da Universidade Veiga de Almeida (UVA); da Universidade Federal de Sergipe (UFS); da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); da UNICESUMAR; e do Centro Universitário do Pará (CESUPA), reunindo pesquisadores de quatro regiões do país.

Os artigos seguem linha de pesquisa na esfera pública, legitimidade e controle, apresentando inovadoras e elaboradas argumentações jurídicas sobre o Estado Democrático de Direito, com a égide no Código de Processo Civil de 2015, visando desconstruir as clássicas abordagens acadêmicas do direito público, por meio dos institutos do processo de integração social: legitimidade e controle.

1 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduada em Direito Público. Professora universitária. Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Representante discente no Colegiado do PPGD da Universidade FUMEC. Integra o Núcleo de Pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. E-mail: laisalves8@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7573071908977176>.

2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

3 Doutor em Direito – PUCMINAS. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

4 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). *Orcid id*: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar a presente apresentação:

CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Apresentação - *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma reconstrução democrática do processo civil brasileiro. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 4-5.

A obra é resultado do desejo de seus coordenadores, bem como da vontade e dedicação de todos os autores e autoras que se orgulham de seus trabalhos.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Processual Constitucional Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no país, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva processual contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o Direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos às vindouras obras resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) e Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado.

A pesquisa somente foi possível pelo apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018), da FAPEMIG (Projeto de Bolsas do Mestrado) e da Universidade FUMEC (Edital Nº 01/2019 – ProPIC 2019/2020 de Incentivo para Produção Científica), bem como pelo empenho de graduandos, graduados, mestres e mestrandos, doutorandos e doutores em Direito, que dedicaram seus esforços para testificar os institutos processuais em vigor e não se acovardaram em questionar o ordenamento jurídico brasileiro em busca de melhorias para a gestão da esfera pública e privada do Direito pátrio.

Aos queridos autores e leitores, fraternalmente, expressamos nossos agradecimentos.

Belo Horizonte, Julho de 2020.

PREFÁCIO

ROGÉRIO BORBA DA SILVA¹

Recebi a grande responsabilidade de prefaciar a obra organizada pelos Professores Laís Alves Camargos, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes, Fabrício Veiga Costa e Sérgio Henriques Zandona Freitas, intitulada **DIREITO PROCESSUAL CIVIL E(M) CRISE: POR UMA (RE) CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**, fruto de uma parceria entre a Graduação e o Mestrado em Direito da FUMEC, na linha de Direito Público, reunindo onze artigos de alunos e ex-alunos sobre Direito Processual Civil. Isso significa que estamos tratando de trabalhos da mais alta qualidade, fruto de pesquisas sérias e bem conduzidas, o que só consigo vislumbrar sendo produto dos melhores programas de Mestrado em Direito do Brasil, como é o caso do presente livro.

Analisando a obra, percebo que ela é muito mais do que uma coletânea aleatória de artigos sobre Direito Processual Civil, pois seu foco está em justamente trabalhar as questões processuais mais relevantes e atuais de uma forma sistemática.

O primeiro capítulo, que trata das **NORMAS PROCESSUAIS CIVIS**, aborda dois aspectos fundamentais no debate processual civil hodierno, quais sejam o desvio da discricionariedade judicial no direito brasileiro e os métodos adequados de solução de conflitos e seu papel no combate a morosidade do poder judiciário. De fato, é difícil verificar um livro de coletânea que tenha a sensibilidade de apresentar esses temas de forma tão didática como foi apresentado na presente obra.

Já no segundo capítulo, discutindo os **SUJEITOS DO PROCESSO**, apresentou-se artigo com um brilhantismo e uma pesquisa aprofundada sobre **AS DECISÕES DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR**

1 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Veiga de Almeida-RJ desde abril de 2019. É Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. É Coordenador do projeto de pesquisa "Licenciamento Ambiental Municipal: Implementação e Aperfeiçoamento pós LC 140/2011". Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro (2010-2012). É Diretor Administrativo e de Benefícios do Fundo de Previdência Multipatrocinado da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro. Foi Assessor Jurídico Chefe da Fundação Superintendência Estadual de Rio e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro (2007-2008), auxiliando na implementação do Instituto Estadual do Ambiente no Rio de Janeiro. Tem experiência de pesquisa em Direito Ambiental, Direito Educacional e Sociologia Ambiental. É autor de livros e diversos artigos na área jurídica. Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, da Fundação Internacional de Sustentabilidade Ambiental e Territorial e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado e Parecerista. E-mail: rogeriorborba@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8611177542263906>.

Como citar o presente prefácio:

SILVA, Rogério Borba da. Prefácio - *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma reconstrução democrática do processo civil brasileiro*. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 6-7.

MOTIVO DE FORO ÍNTIMO e a imprescindibilidade de sua fundamentação, digno de quem fez uma extensa pesquisa acadêmica, citando autores renomados e obras essenciais.

No terceiro capítulo, sobre PROCESSO DE CONHECIMENTO, são apresentados dois artigos de maior reflexão dos tempos atuais sobre as provas no direito brasileiro, sendo o primeiro sobre os CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA DURANTE A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL e o segundo acerca da RACIONALIDADE E VALORIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL e seu CONTROLE JUDICIAL, propiciando aos leitores uma articulação entre o instituto e a realidade das partes e de sua aplicação pelos tribunais.

Além disso, verificamos que a obra vai além da postura de simplificações e sistematizações de manuais onde, no capítulo quarto, somos brindados com dois artigos sobre a tutela provisória, defendendo-se, primeiramente, a visão da (in)constitucionalidade da cognição sumária, com também a NÃO ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE POR QUALQUER MEIO DE IMPUGNAÇÃO.

No quinto capítulo, desenvolve-se o estudo do processo de execução, em especial as principais teorias sobre a efetividade das decisões, explicando o conceito e as principais concepções desenvolvidas quanto a (im)possibilidade de apreensão de Carteira Nacional de Habilitação e Passaporte do devedor a partir de sua atipicidade, assim como a (IM)PENHORABILIDADE SALARIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Ressalte-se que o viés adotado busca desconstruir os instrumentos coercitivos previstos no CPC a partir da perspectiva do executado e sua articulação com valores constitucionais.

Verificamos que os capítulos foram desenvolvidos de forma simples, didática e apresentando os conceitos que todos os estudiosos do Direito Processual Civil devem conhecer para a boa técnica processual.

No sexto e último capítulo são discutidos os PROCESSOS NOS TRIBUNAIS, dando-se ênfase no estudo dos PRECEDENTES, A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A RATIO DECIDENDI, assim como na JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O PÁLIO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO.

Os artigos, mantendo-se o padrão da obra, apresentam o Estado da Arte sobre o tema, dedicando-se a perspectiva da visão do instituto nos tribunais e sua aplicação prática. A obra é de fácil leitura, sendo atual e bem escrita, e com viés constitucional, o que a diferencia de todas as outras obras existentes. Isso significa que a aquisição e o estudo da presente obra são de interesse para todos os estudiosos do Direito Processual Civil, não somente para os alunos, mas também os profissionais do Direito e professores, estimulando o comprometimento acadêmico dos autores no estudo dos principais institutos do Direito Processual Civil.

Do Rio de Janeiro para Belo Horizonte, 01 de setembro de 2020.

SUMÁRIO

1 - DAS NORMAS PROCESSUAIS CIVIS	10
1.1 - O DESVIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	11
João Pedro Barbabela Penna Amorim Laís Alves Camargos André Cordeiro Leal	
1.2 - AS CAUSAS DA MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS	25
Maria Angélica Resende Pereira Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes Daniel Firmato de Almeida Glória	
2 - DOS SUJEITOS DO PROCESSO	41
2.1 - A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO	42
Thaís Berganholi de Oliveira Flávia Baracho Lotti Campos de Souza Sérgio Henriques Zandoná Freitas	
3 - DO PROCESSO DE CONHECIMENTO	56
3.1 - OS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA DURANTE A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL	57
Matheus Mendes Campos Ailana Silva Mendes Penido Fabrício Veiga Costa	
3.2 - CONTROLE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE E VALORIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL	71
Karine Souza da Silva Camila Soares Gonçalves Rogério Borba da Silva	

4 - DA TUTELA PROVISÓRIA 87

4.1 - A NÃO ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE POR QUALQUER MEIO DE IMPUGNAÇÃO 88

Taíssa Keley de Oliveira Brito
Adriano da Silva Ribeiro
Jean Carlos Dias

4.2 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COGNIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO CIVIL 105

Fernanda Silveira Mendes
Giovanni Galvão Vilaça Gregório
Lucas Gonçalves da Silva

5 - DO PROCESSO DE EXECUÇÃO 119

5.1 - A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA (IM) POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E PASSAPORTE DO DEVEDOR 120

Luiz Carlos Natan Trindade
Jessica Sérgio Miranda
Ivan Dias da Motta

5.2 - A (IM)PENHORABILIDADE SALARIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 133

Gabriela de Vasconcelos Sousa
Luciana Leal Pena
Paulo Márcio Reis Santos

6 - DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS 148

6.1 - OS PRECEDENTES, A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A *RATIO DECIDENDI* 149

Maria Luiza Bittencourt
Letícia da Silva Almeida
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

6.2 - A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O PÁLIO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO 165

Gabriela Nepomuceno Tanure
Rafael Dias Medeiros
Wilson Engelmann



DAS NORMAS
PROCESSUAIS CIVIS

11

O DESVIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

JOÃO PEDRO BARBABELA PENNA AMORIM¹

LAÍS ALVES CAMARGOS²

ANDRÉ CORDEIRO LEAL³

RESUMO:

A pretensão deste trabalho é fazer um estudo acerca dos desvios da discricionariedade judicial e a forma como está sendo enfrentada pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, foi feita análise da origem e dos limites desta discricionariedade, seguida da pesquisa sobre os seus desvios, que tornam arbitrárias as decisões judiciais. A partir de então, foi investigada a nova abordagem trazida pelo CPC, com a análise de institutos necessários ao ato decisório, quais sejam, interpretação, motivação e fundamentação, como forma de combate à interpretação arbitrária. Utilizou-se o método hipotético dedutivo para realização de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade judicial. Interpretação. Motivação. Fundamentação das decisões. Democracia Judicial.

ABSTRACT:

This work aim is to study the deviations from judicial discretion and the way it is being faced by the Civil Procedure Code of 2015. For that, an analysis of the origin and limits of this discretion was made, followed by the research on its deviations, which make judicial decisions arbitrary. Therefore, the new approach brought by the CPC was investigated, with the analysis of institutes necessary for the decision-making act, namely, interpretation, motivation and reasoning, as a way of combating arbitrary interpretation. The hypothetical deductive method was used to carry out bibliographic research.

KEYWORDS: *Judicial discretion. Interpretation. Motivation. Reasoning of decisions. Judicial Democracy.*

1 Graduado pela Universidade Fumec, Belo Horizonte/MG. E-mail: pennaamorim@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5555728134860511>.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-graduada em Direito Público. Professora universitária. Assessora no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Representante discente no Colegiado do PPGD da Universidade FUMEC. Integra o Núcleo de Pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. E-mail: laisalves8@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/757307190897176>.

3 Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e doutorado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é professor Titular I da Fundação Mineira de Educação e Cultura e membro do corpo docente permanente do Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. É professor adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É membro do INPEJ - Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos. E-mail: andreleal@fumec.br. *Orcid iD*: <https://orcid.org/0000-0002-0985-7030>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1363185903269723>.

Como citar o presente artigo científico:

AMORIM, João Pedro Barbabela Penna; CAMARGOS, Laís Alves; LEAL, André Cordeiro. O desvio da discricionariedade judicial. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 11-24.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é fazer um estudo acerca dos desvios da discricionariedade judicial e a forma como está sendo enfrentada pelo ordenamento jurídico. Para tanto, houve a necessidade de analisar algumas situações nas quais ocorrem desvios na discricionariedade judicial na condução e na decisão dos processos, ocasionando decisionismos e arbitrariedades.

Foram elaboradas análises críticas a essa discricionariedade atribuída aos julgadores, seguida do estudo a respeito do disposto do Código de Processo Civil de 2015 na tentativa de modificar e construir nova interpretação acerca dos limites do alcance dessa discricionariedade.

Para tornar clara a discussão, e também a fim de situar o leitor, é necessária a introdução de conceitos e reflexões que sirvam como pontos norteadores para o debate. Assim, a pesquisa se inicia com o estudo acerca da discricionariedade judicial, a qual é relacionada ao fenômeno de criação do Direito por parte do magistrado e em quase nada se assemelha ao Poder Discricionário estudado pelo ramo do Direito Administrativo.

Passando pelo estudo da origem da discricionariedade judicial, que ganhou força no ordenamento jurídico devido às lacunas e às indeterminações deixadas pelas próprias leis, foi feita a análise dos desvios causados pelo seu desenvolvimento, em algumas situações, de forma positivista e solipsista.

Em seguida, foi pesquisada a nova abordagem trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual deu início a um movimento de enfrentamento desta problemática da discricionariedade. Institutos necessários ao ato decisório, quais sejam, interpretação, motivação e fundamentação, foram analisados a fim de verificar como o Código de Processo Civil abordou o combate à interpretação arbitrária.

Assim, foi feita uma pesquisa jurídico-descritiva cujo método utilizado foi o hipotético-dedutivo na vertente dogmática jurídica. A fonte da pesquisa foi bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos, dissertações e teses e também jurisprudencial.

2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Antes mesmo de tratar da discricionariedade, importante trazer uma breve conceituação prévia a respeito de processo, a qual servirá de guia para a presente pesquisa:

Não há processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e co-institucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia co-institucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais (codificadas ou não) ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador. (LEAL, 2018, p. 60).

Assim, antes mesmo de adentrar no estudo da discricionariedade, é necessário salientar que direitos como o contraditório, a isonomia e ampla defesa são fundamentos normativos do processo, os quais não podem ficar mercê de conveniência ou discricionariedade do julgador.

Trata-se, a discricionariedade, da escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, entre várias hipóteses legais e constitucionalmente possíveis ao caso concreto, e ainda, como “[...] locução de conteúdo fluido, que ora designa a atividade judicial perante *hard cases*, ora o preenchimento de lacunas normativas, ora, ainda, sendo identificada com arbítrio puro e simples” (NÓBREGA, 2017). Essa última hipótese, inclusive, é a que enseja a problemática a ser tratada no decorrer desta pesquisa.

Quanto ao conceito da discricionariedade judicial, importante salientar que não se pode tentar comparar ou acreditar que a discricionariedade judicial seja sinônima à ideia de discricionariedade no âmbito administrativo.

O termo discricionariedade judicial, em acepção jurídica, relaciona-se ao fenômeno de criação do direito por parte do magistrado. “A discricionariedade aparece no exato momento em que desaparece a regulação jurídica em um determinado aspecto, não tendo o juiz terra normativa por debaixo de seus pés para decidir.” (ALMEIDA, 2013, p. 57).

Importante ressaltar que o magistrado, ao se deparar com lacuna na lei não pode se abster de julgar⁴, assim, não havendo base normativa para determinado caso concreto, o julgador é obrigado a criar o direito.

Para entender a Discricionariedade Judicial, primeiro se deve entender onde ela pode ser encontrada. É uma ferramenta que circula o ordenamento jurídico durante anos, estando sempre presente, mesmo que de forma indireta, em todas as teorias e teses acerca do processo.

“A admissão da discricionariedade no âmbito judicial é controvertida, especialmente porque e quando tratada como poder de escolha de acordo com conveniência e oportunidade, tal como é desenvolvida no direito administrativo.” (NOGUEIRA, 2012, p. 96).

Juristas consagrados como Bulöw, Savigny, Wach, Fazzalari, Carnelutti e outros buscaram sempre a melhor forma de se explicar e entender as relações entre as partes dentro de um processo. Criaram teorias que foram aceitas e enquadradas no ordenamento jurídico vigente. Dentre as múltiplas teorias já apresentadas, Wach, em sua obra “Manual de Direito Processual Civil” (WACH, 1977), apresentou a relação processual entre as partes que melhor elucida a questão discricionária.

Mas o que tem a ver a relação processual com discricionariedade?

Discricionariedade Judicial se encontra em meio à condução dos processos pelos julgadores, sendo a eles atribuído esse ‘poder’ para atuarem conforme a melhor interpretação da lei. A Discricionariedade Jurídica é verificada no momento em que há, de fato, relação entre as partes.

Wach sustenta que o processo é uma relação triangular, convertida em direitos e deveres entre as partes, e também entre estas e o magistrado (WACH, 1977, p. 64). A partir do momento em que o magistrado passa a exercer sua legitimidade, em busca das provas e da famosa verdade real, é “ativada” a discricionariedade.

4 “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.” (BRASIL, 2015).

Pode-se dizer então que a discricionariedade intensifica a teoria de Wach, mostrando que a relação processual triangular não é sempre equilátera, sendo que o triângulo processual se transforma na medida em que o magistrado se aproxima de cada parte, e pratica assim os atos discricionários.

No mais, a forma com que o magistrado se comunica com cada uma das partes, instruindo-as e auxiliando-as, a atenção dada a cada petição ou despacho, a forma de analisar cada documento juntados aos autos; e a forma de ir em busca de novas provas, além dos prazos concedidos, enfim, qualquer ato praticado pelo magistrado, em qualquer de suas peculiaridades, sendo ele legítimo ou ilegítimo, pode ser analisado como um ato discricionário a depender da situação.

Muitas vezes, por não se tratarem de atos processuais que influenciam diretamente na resolução do processo, a discricionariedade pode passar despercebida. Mas é válido ressaltar que pode decorrer, inclusive a partir dessa prática de 'pequenos atos', o surgimento da grande problemática em questão: a decisão discricionária.

Fato é que a discricionariedade atribuída ao magistrado se desenvolveu, em algumas situações, de forma positivista e solipsista. Assim, necessário é entender como esses modelos de filosofia jurídica influenciaram a prática discricionária do judiciário.

O solipsismo contribui de forma assídua para a discricionariedade. Regido pelo movimento de que nada é mais crível do que suas próprias experiências, o Judiciário é influenciado a encontrar 'fora da lei', conforme sua própria linha de raciocínio, motivos para julgar e decidir.

Importante salientar que o positivismo jurídico é o nível teórico do direito que crava que a justiça é uma questão de interpretação lógica e prudente, independentemente do exposto em seu ordenamento jurídico, e, em sua forma radical, o positivismo jurídico "[...] é um empreendimento de explicação do Direito a partir da Jurisprudência analítica" (ALMEIDA, 2013, p. 58).

Em relação à origem da discricionariedade judicial, é possível deduzir que ela ganhou força no ordenamento jurídico devido às lacunas e indeterminações deixadas pelas próprias leis. Não havendo total clareza nas leis, é necessária sua interpretação. Assim, abriram-se as portas para ideias no sentido de que 'decidir é um ato de vontade'. Vontade esta que é regida pela motivação e pela interpretação, e influenciada pelo solipsismo e pelo positivismo, definida como

uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão inferior para um superior. Assim, aplicada ao judiciário, a Discricionariedade atua como o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 1994 p.387).

A discricionariedade para Kelsen é o instrumento que permite a interpretação da norma geral, sendo configurada como o poder de escolha "que pode ser produzido dentro da moldura da norma geral". (KELSEN, 1994, 390-391).

A interpretação e a motivação como fontes da discricionariedade judicial também são matéria repercutidas por Hart ao alegar que as decisões judiciais devem passar pelos conceitos ideológicos e políticos do julgador (HART, 1996, p. 137). Logo, a discricionariedade atribuí ao julgador um poder de escolha, onde, nos casos difíceis (*hard cases*), deve-se decidir com um

ou outro sentido particular, desde que respeitados os limites do ordenamento jurídico, entendimento este que foi “deixado de lado” com a ascensão destes movimentos filosóficos jurídicos.

Tanto o positivismo quanto o solipsismo foram cruciais para a mudança de pensamento acerca da discricionariedade judicial, fazendo com que o magistrado se sentisse ainda mais legítimo e encorajado a interpretar as normas conforme a própria consciência e experiência. Tratam-se de movimentos que manifestam a favor da chamada “filosofia da consciência”, que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário (STRECK, 2017, p. 23).

Ao se tratar de sentenças judiciais, é perceptível que foi concedido papel importante à discricionariedade pelo próprio ordenamento jurídico, sendo ampliado o alcance de entendimentos e interpretações pelo magistrado. Além da prática de atos discricionários no decorrer de todo o processo, a forma de elaborar seu convencimento com base em fatores além do ordenamento jurídico também é uma das formas de sua atuação.

A problemática dessa prática no ordenamento jurídico é criticada por Streck, ao dizer que se trata de “decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si, ou, ainda, em leituras equivocadas de autores [...]” (STRECK, 2017, p. 23).

Logo, a preocupação aqui advém da ocorrência do desvio da discricionariedade judicial.

2.1 DESVIOS DA DISCRICIONARIEDADE PELO JUDICIÁRIO

Desde a teoria desenvolvida por Montesquieu (1748) de tripartição dos três poderes, ao poder judiciário foi conferido o dever de administrar a justiça na sociedade, ou seja, aplicar o que foi previamente definido pelo legislativo. Dentre suas amplas áreas de atuação, destaca-se a função do magistrado, como julgador e administrador das leis.

Como já abordado, junto a esta competência conferida ao magistrado, confiou-se também a ele a discricionariedade, a capacidade de interpretar e se convencer, desde que conforme as leis.

Em verdade, há autores que entendem que, na verdade, o magistrado apenas teria a faculdade de agir discricionariamente ao praticar atos de administração judiciária sob pena de afetar a isonomia entre as partes (LEAL, 2018, p. 51).

Porém, como a lei não produz a máxima especificidade em todos os casos, o magistrado, influenciado pelos movimentos filosóficos jurídicos apontados no tópico anterior, em atos específicos pratica o ato discricionário além do limite que lhe foi conferido, fazendo com que a discricionariedade sofra desvios prejudiciais ao ordenamento jurídico.

Assim, Carlos Eduardo de Lima Passos da Silva se manifesta a respeito do desvio da discricionariedade judicial:

O desvio de poder é o manejo de uma competência em disritmia com a finalidade legal e devida. Portanto, o agente foge do escopo que lhe é próprio, natural, para opor uma finalidade exorbitante, indevida, ilógica, subtraída aos cânones. Com isso, pois, o ato devido fica maculado, disforme, viciado, pouco importando se o agente estatal tirou proveito da indesejada situação jurídica formada. Trata-se, portanto, de um vício objetivo, em que os motivos do agente ao desviar não são perquiridos à sua configuração, bastando o mero descom-

passo entre o fim legal e o fim aposto. Ora, ato maculado denota nulidade. E a nulidade denota invalidade e ineficácia da atividade administrativa, legislativa ou judicial malposta, seja discricionária ou não. (SILVA, 2003 p. 29).

É possível verificar, ainda atualmente, nos tribunais pátrios, decisões judiciais baseadas no livre convencimento do magistrado⁵, que interpretou a lei de forma insuficiente para julgar o caso e decide julgar conforme suas próprias experiências e entendimentos. Esse cenário se prolonga e piora, fazendo com que, mesmo nos casos em que há matéria suficiente na lei, o magistrado opte por julgar conforme o que entende ser mais seguro e correto.

Importante salientar que o artigo 371 do Código de Processo Civil, ao trazer a regra de que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2015) não fez previsão de que convencimento é livre e discricionário, mas sim de que o magistrado deve fundamentar a decisão.

O grande problema destas atitudes, é que há um desvio da função discricionária no momento em o magistrado atua de forma abusiva para encontrar matéria e hipóteses que melhor combinem com a sua interpretação e entendimento. Assim, a discricionariedade atribui equivocadamente um alto poder de escolha ao magistrado. Escolha essa que está relacionada aos meios de interpretação e motivação que foram designados e capacitados aos juízes, sendo influenciada pelos pensamentos de Kelsen e Hart, assim como já assinalado em tópico anterior.

Sobre este assunto, vale ressaltar o que foi afirmado por Kelsen e lembrado por Streck: “o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das ‘normas jurídicas’” (STRECK, 2017, p. 92).

Em outras palavras, não há problema no fato do magistrado utilizar métodos discricionários para julgar um caso, o problema se encontra no desenvolvimento do posicionamento jurídico acerca das normas.

Logo, as discussões a respeito de até onde é possível interpretar uma norma, com o entendimento cada vez maior de que é preciso interpretar além do exposto nelas, pensamentos estes alavancados pelo positivismo e solipsismo, são os fatores que mais contribuem para a problemática da discricionariedade.

Outro possível desvio do poder discricionário judicial merecedor de análise é da produção de Súmulas Vinculantes, no que tange a interpretação dominante no plano da doutrina e jurisprudência. “Trata-se da construção de enunciados assertórios que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos).” (STRECK, 2017, p. 83).

Ou seja, as súmulas são os conjuntos de entendimentos que foram abordados e bem aceitos pelos administradores do ordenamento jurídico. A crítica se desenvolve ao perceber que se trata do entendimento subjetivo dos julgadores entrando em consenso e sendo levado em consideração em patamar superior ao das interpretações das próprias normas jurídicas.

Assim também entende Lênio Streck, ao afirmar que:

5 Importante salientar que apenas o Código de Processo Civil de 1939 (artigo 118) previa expressamente que o convencimento do magistrado era formado livremente, devendo apenas indicar, em suas decisões, os fatos e circunstâncias que motivaram este seu convencimento (BRASIL, 1939).

As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciais, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais *não mais discutimos causas no direito, e, sim, somente teses*. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo, trata-se de um “sonho” de que a interpretação no direito seja isomórfica. (STRECK, 2017, p. 83).

Ambos os casos mostram desvios graves, que, mesmo sendo trabalhados de forma involuntária podem acarretar inúmeros problemas uma vez que o magistrado se sinta o detentor da verdade e da justiça. Há ameaça não apenas à democracia jurídica como também para os fundamentos normativos do processo, os quais não podem ficar mercê de conveniência ou discricionariedade do julgador.

Um exemplo é a alegação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Roberto Barroso no sentido de que “deve escolher os recursos extraordinários que lhe cabe julgar, e sugere que não selecione os que não tiver capacidade de julgar em até um ano, sendo os outros não escolhidos transitados em julgado.” (STRECK, 2018). Tratando-se de uma seleção sem critérios e que ameaça os valores constitucionais, trazendo as seguintes consequências:

[...] toda vez que para o ministro Roberto Barroso os fatos se apresentarem potentes, soçobra o texto Constitucional. Os “valores” valem mais do que a força normativa do texto constitucional. Quais “valores”? Aqueles que, de forma discricionária, o Judiciário disser que é. Claro: por isso exsurge a questão de vanguarda iluminista. Se o ministro compreende bem o clamor das ruas, ele mesmo fará as correções. Simples assim. Daí a comparação que ele quis fazer com o seu agir e a Corte Warren. Só que há bem claras diferenças. A Constituição americana não é analítica. E se tratava de segregação racial. Por aqui, estamos tratando de liberdades públicas, como a presunção da inocência. E do acesso à Justiça. Portanto, não é bem assim. (STRECK, 2018).

Percebe-se aqui a gravidade do desvio do poder discricionário, que se confunde com a interpretação de valores do próprio Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo, que também contribui para essa linha de raciocínio, agora advindo do julgamento de um Tribunal de Justiça estadual, de São Paulo, onde o magistrado manifestou-se da seguinte maneira:

Há, em verdade, inconformismo quanto ao resultado do julgamento, pretendendo a parte recorrente o reexame da matéria, o que não se apresenta pela via dos declaratórios que visam, apenas, por corrigir vícios de erro, omissão, contradição ou obscuridade. A jurisdição não pode ser tutelada pela parte e o juiz diz o direito segundo sua convicção e quando faz encerra seu mister não sendo possível obrigar-lhe a dizer porque não decidiu de outra forma. [...] Isto posto, pelo meu voto, rejeito os embargos (SÃO PAULO, 2019).

Assim, o desvio da discricionariedade jurídica se explica pela motivação filosófica do positivismo e solipsismo, tornando a interpretação subjetiva de cada julgador uma ferramenta mais importante e indispensável que as interpretações previstas na lei.

Fato é que a discricionariedade não pode se confundir com a arbitrariedade, ou seja, as ações dos julgadores devem ser coerentes e estar de acordo com o que é exposto nas leis.

Neste sentido, a lição de Rosemiro Pereira Leal:

[...] não se pode conceber que o magistrado, que recebe do Estado, mesmo no paradigma liberal, a ordem-dever de aplicar direitos, possa ter faculdades ou poderes de ditar o direito ao seu alvedrio ou sentimento se, como ressaltado, sequer o Estado tem, nos sistemas democráticos atuais, arbítrio ou discricionariedade no cumprimento de sua função jurisdicional. Está também a instituição do Estado, como pessoa de direito público interno e externo, passível de controle pelo processo que, em última análise, é a expressão afirmadora dos direitos fundamentais da cidadania processualmente criados pela soberania popular para construção da Sociedade Democrática de Direito [...] (LEAL, 2018, p. 50).

Destarte, a problemática do tema é ressaltada justamente no momento em que, consciente ou inconscientemente, o julgador confunde os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade e passa a considerar fatores externos à lei, como interpretações e motivações movidas pela própria consciência, afinal, há uma linha tênue entre os conceitos.

A partir deste momento, o ato discricionário do magistrado entra em desacordo com a Constituição da República, ferindo a democracia jurídica e o Estado Democrático de Direito⁶ por ameaçar os fundamentos normativos do processo, como contraditório e isonomia, os quais não podem ficar mercê de conveniência ou discricionariedade do julgador.

Importante salientar que a democracia jurídica se trata de uma democracia de substância, de processo, na qual a existência do magistrado aparece como instrumento de realização e exigência democrática, cumprindo não apenas o controle preventivo das leis, mas também afastando a aplicação de normas que julgue contrárias à Constituição da República, contrabalançando a lei da maioria pelo respeito dos direitos fundamentais (CHEVALLIER, 2013).

Mais especificamente no âmbito jurisdicional, decorre do princípio democrático o direito das partes de buscar respostas às suas pretensões e o direito do Estado de responder com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal (FREITAS, 2014, p.19).

O desvio da discricionariedade jurídica deve, portanto, ser monitorado para que não seja configurado o descontrole democrático na esfera judicial, sendo importante, para tanto, analisar as novas orientações do Código de Processo Civil de 2015 no sentido de combater os desvios discricionários, o que culminará na análise acerca de institutos da decisão judicial como interpretação, motivação e fundamentação.

3 A NOVA ORIENTAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A instauração do Código de Processo Civil, em 2015, deu início a um movimento, muitas vezes apontado como “pós-positivista”, de enfrentamento da problemática da Discricionariedade. Ele veio como pioneiro para mudar a forma de interpretação nos tribunais e no ordenamento jurídico a respeito do poder discricionário.

Sobre este princípio, leciona Streck:

6 Trata-se, o Estado Democrático de Direito, do paradigma estabelecido pela Constituição da República de 1988, em seu preâmbulo e artigo 1º, o qual estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

[...] as teorias do direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de:

- a) Preservar a autonomia do direito;
- b) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional;
- c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito,
- d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais;
- e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. (STRECK, 2017, p. 115-116).

Com essas diretrizes assinaladas por Streck acerca da necessidade de princípios -padrões hermenêuticos, o movimento atinge conteúdo para enfrentar a problemática do desvio da discricionariedade judicial.

Lembrando que "a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo" (LEAL, 2018, p. 48-49), importante salientar que não significa que certa discricionariedade não deva existir.

A discricionariedade judicial exerce fundamental papel no judiciário em casos específicos, devendo ser extremamente contida, não arbitrária, tampouco subjetiva, para que não ocorra o desrespeito à isonomia ou a perda da democracia jurídica. A sua aplicação abusada é diretriz para o desabamento e confusão de todo o ordenamento jurídico.

3.1 INTERPRETAÇÃO, MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para combater as formas de interpretação judicial arbitrárias, o Código de Processo Civil necessitou se valer de dispositivos também arbitrários, o que não se trata de qualquer hipocrisia. A lei foi arbitrária no sentido de instruir os limites e deveres de seus aplicadores pois a arbitrariedade desgovernada do magistrado o leva ao patamar de editor da lei.

A reconstrução destes institutos da decisão judicial tem o interesse de impedir que o magistrado seja tido como escravo da lei e detentor de todos os sentidos dela, atribuindo a ele a função que já era dele de todo direito: operador da lei.

Durante o ato de julgar, o magistrado, na tentativa de expressar o que melhor determina a lei, é auxiliado inicialmente por dois elementos inseridos dentro de sua consciência: a motivação e interpretação.

Interpretar é atribuir valor e sentido a algo, explicar o que é obscuro. O ato de interpretar conforme a lei fica ultrapassado a partir do momento em que os casos vão ficando mais com-

plexos, combinado com as superficialidades e ambiguidades das leis, incentivam o magistrado a decidir seus casos de forma que se acredita ser mais justa e confiável: sua própria interpretação.

E existe um grande problema:

O modo como se faz a interpretação das leis hoje está baseado nas pessoas e não no código. O STF, ao invés de interpretante, tomou o papel de autoridade, substituindo, inclusive o real autor das leis (o legislativo).

É um modo antiquado de interpretar e que coloca todo o poder em cima daquele que escreveu a mensagem, o autor do discurso (no caso das leis o legislador) ou então, no caso brasileiro atual, nem do autor, mas do STF, este terceiro que não é o destinador do discurso e que interpreta com pretensões de autor/autoridade. Sem um código que torne mais objetivo o método para interpretar, transforma-se em uma interpretação flutuante, que varia de acordo com aquele que interpreta e dita as regras de forma axiológica.

[...]

O que o Tribunal vem fazendo é interpretar exercendo uma função de intérprete maior, que pode ser denominada como uma espécie de *auctoritas*, ao invés de exercer uma função de interpretante. (COSTA NETA; CAMARGOS, 2018, p. 115-116).

Interpretação, motivação e fundamentação são necessários no ato decisório. Mas o magistrado não deve encontrar motivação para decidir em sua própria consciência, não pode extrapolar os limites impostos pelas normas quando as interpretar, sendo necessário fundamentar as decisões de forma sempre a demonstrar a participação das partes em contraditório no processo.

Neste momento da pesquisa, imperioso diferenciar motivação de fundamentação das decisões, apesar do uso corrente das expressões como sinônimas.

Historicamente, importante salientar que

[...] nenhum dos diplomas processuais brasileiros do século XX trouxe a previsão de fundamentação das decisões judiciais, a qual se trata, basicamente, da necessidade de uma argumentação fática e jurídica. Trouxeram, tão somente, previsão de motivação, ou seja, da indicação do seu livre convencimento, ensejando decisões discricionárias e subjetivas. (CAMARGOS; PENIDO, 2019, p. 11).

Ou seja, diferentemente dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, o Código de Processo Civil de 2015, seguindo o que a Constituição da República determinou no inciso IX no artigo 93⁷, reproduziu a regra atinente à necessidade de fundamentação de todas as decisões sob pena de se tratar de ato nulo: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015).

Assim, cabe ao magistrado a interpretação do texto legal para, na sequência, proferir o ato decisório da maneira mais clara e inteligível possível, demonstrando as razões fáticas e jurídicas da decisão; o que é completamente diferente de lhe incumbir ampla liberdade decisória, com a interpretação autoritária ensejando a simples motivação do seu livre convencimento.

7 “Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL, 1988).

Além de fundamentar a sua decisão, deve o juiz garantir às partes igualdade de condições e de tratamento e estar atento para as suas alegações. Dessa premissa não podem partir as partes à espera de uma decisão que venha, exclusivamente, atender aos seus interesses particulares [...]

Dentro desse contexto, pode-se concluir que cabe ao juiz, juntamente com as partes (através das suas manifestações em contraditório, ampla defesa e isonomia, com presença de advogado), interpretar o texto legal para a sua aplicação. O que não significa dizer que o juiz possui ampla liberdade para decidir, inclusive, por critérios salomônicos, inspirados, apenas, na sua sabedoria, no seu equilíbrio e nas suas qualidades individuais [...] (TEIXEIRA, 2008, p. 150).

Assim, o objetivo da Constituição da República e do Código de Processo Civil de 2015 foi garantir decisões judiciais livres de critérios subjetivos e discricionários, com o fito de limitar os poderes dos magistrados, ou seja, restringir as chances de existência de decisões arbitrárias (CAMARGOS; PENIDO, 2019).

Para que haja uma decisão judicial democrática, é necessária uma fundamentação também democrática, o que é possível apenas com as interpretações e motivações disponíveis e possíveis dentro da legislação. Para isso, é preciso ultrapassar os cânones do solipsismo e do positivismo.

Como exemplo específico do intuito de combater a interpretação arbitrária, o Código de Processo Civil trouxe a norma do §1º do artigo 489, um dispositivo também arbitrário, que delimita até onde pode ir a discricionariedade do magistrado ao julgar determinado caso:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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. (BRASIL, 2015).

Nota-se que neste dispositivo – assim como em vários dos dispositivos deste Código de Processo Civil – foi adotada uma abordagem de forma autoritária, de forma que não haja margens para a extensão da interpretação por parte do aplicador da lei, proporcionando maior garantia às partes.

Em outras palavras, “trata-se de um dispositivo que visa a proporcionar às partes um maior controle acerca das decisões judiciais.” (STRECK, 2017, p. 121).

O referido dispositivo deve ser analisado em conjunto com o artigo 10, também do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015).

Percebe-se que o artigo 489 é complementado pelo artigo 10, pois, enquanto o primeiro impede que o julgador decida conforme a filosofia da sua consciência de elementos externos às normas jurídicas, que não possua uma fundamentação democrática, este último define que não podem existir decisões sem fundamento compartilhado.

Pode-se deduzir que a combinação de ambos os artigos garante maior transparência da decisão por parte do julgador às partes envolvidas.

Corroborando ainda com esta linha de raciocínio, se encontra o artigo 141, o qual dispõe que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.” (BRASIL, 2015).

Mais uma vez, trata-se de um texto normativo arbitrário. Isso porque determina os limites de uma decisão de mérito, não podendo, a interpretação e a motivação do juiz ultrapassarem os limites propostos pelas partes, devendo manter o processo democraticamente legítimo.

Frisa-se ainda que estes dispositivos não atuam somente como fiscalizadores da fundamentação das decisões. Vão além, fiscalizando ainda o grau de coerência existente dentre as decisões de um mesmo assunto nos tribunais. Tudo em prol da garantia da democracia e do respeito à Constituição.

O Código de Processo Civil se reformulou para ser pioneiro no que tange a conexão junto à Constituição da República.

Necessária era a reformulação do código para que se retornassem ao ordenamento jurídico seus princípios democráticos.

Pode-se dizer que, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, iniciou-se o combate aos desvios da discricionariedade judicial, combate este que não dá garantias concretas de êxito, mas que implica desde já uma mudança na interpretação pelos magistrados, a qual ainda deve se alastrar por anos até que seja sanado o desvio da discricionariedade e o julgador se sujeite às manifestações de sua própria consciência apenas dentro dos limites impostos pela lei.

6 CONCLUSÃO

Trata-se a discricionariedade judicial da atuação do magistrado quando não há regulação jurídica em determinado aspecto, e, assim, não tendo base normativa para decidir, e não podendo se abster de julgar, o juiz cria o direito aplicável ao caso concreto sob sua análise.

Não obstante, foi possível verificar, com o presente estudo, a existência de decisões judiciais baseadas no livre convencimento do magistrado, que interpreta a lei de forma insuficiente para julgar o caso concreto e o faz conforme suas próprias experiências e entendimentos.

Mesmo em casos em que a lei não é omissa, existem situações nas quais magistrados optam por julgar de forma subjetiva, que, conforme visto, acaba se tornando um julgamento arbitrário, em desrespeito à isonomia e outros direitos processuais fundamentais.

O desvio da função discricionária ocorre nestes momentos, em que o magistrado atua de forma abusiva (mesmo que, muitas vezes, de forma inconsciente) para encontrar a matéria e as hipóteses que melhor combinem com a sua interpretação e o seu entendimento sobre o tema.

Assim, a discricionariedade judicial acaba atribuindo equivocadamente um alto poder de escolha e subjetivismo ao magistrado, cujo resultado é a perda da democracia jurídica e consequentemente o desrespeito pela Constituição da República por ameaçar os fundamentos normativos do processo, como contraditório e isonomia, os quais não podem ficar mercê de conveniência ou discricionariedade do julgador sob pena de grandes prejuízos às partes.

Em verdade, cabe ao magistrado a interpretação do texto legal para, na sequência, proferir o ato decisório da maneira mais clara e inteligível possível, demonstrando as razões fáticas e jurídicas da decisão, ou seja, fundamentando-a; o que é completamente diferente de lhe incumbir ampla liberdade decisória, com a interpretação autoritária ensejando a simples motivação do seu livre convencimento.

A Constituição da República e o Código de Processo Civil de 2015 objetivaram garantir a existência apenas de decisões judiciais livres de critérios subjetivos e discricionários, com restrição das chances de existência de decisões arbitrárias, deixando para trás os cânones do solipsismo e do positivismo.

Desta forma, estipularam normas que asseguram a fundamentação democrática (como por exemplo, o artigo 93 inciso IX da Constituição da República e os artigos 11 e 489 do Código de Processo Civil), o que foi possibilitado a partir de uma abordagem autoritária, em uma tentativa de assegurar que não haja margens para a extensão da interpretação por parte do aplicador da lei, e que, caso essa extensão tenha ocorrido, todos fiquem cientes por meio da devida fundamentação da decisão, o que vai proporcionar as garantias processuais constitucionais fundamentais às partes.

O desvio da discricionariedade jurídica deve, portanto, ser monitorado para que não seja configurado o descontrole democrático na esfera judicial, sendo as novas orientações do Código de Processo Civil de 2015 uma tentativa de combater os desvios discricionários que ensejam decisões arbitrárias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade judicial e teoria do direito. *Revista CEJ*. n. 60, Brasília, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/1679/1752>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Senado, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

CAMARGOS; Laís Alves; PENIDO, Ailana Silva Mendes. A inconstitucionalidade do inciso IV do §3o do artigo 1.013 do CPC diante do princípio constitucional da fundamentação das decisões. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. v. 5. n. 1 Goiânia: Jan/Jun. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/5439/pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA NETA, Diva Alves; CAMARGOS, Laís Alves. Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica. Supremo Tribunal Federal e sua função interpretativa: o papel do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva da teoria do interpretante. *Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica*. v. 4. n. 2. jul.-dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/issue/view/JULHO%20-%20DEZEMBRO>. Acesso em: 14 maio 2020.

FREITAS, Gabriela Oliveira. *O incidente de uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasGO_1.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

NÓBREGA, Guilherme Pupe. *Discricionariedade, discricionariedade, quantos arbítrios se cometem em teu nome!* Um brevíssimo olhar sobre a discricionariedade judicial no Brasil como recurso discursivo para fundamentação das decisões. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/269459/discricionariedade-discricionariedade-quantos-arbitrios-se-cometem-em-teu-nome-um-brevissimo-olhar-sobre-a-discricionariedade-judicial-no-brasil-como-recurso-discursivo-para-fundamentacao-das-decisoes>. Acesso em: 14 maio 2020.

NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. *Cláusulas abertas na estrutura normativa procedimental e discricionariedade judicial: uma análise sob a perspectiva do Processo Constitucional*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NogueiraNAR_1.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração Cível 2040694-16.2019.8.26.0000/50000*, Relator Luiz Antonio Costa, julgado em 9 de maio de 2019. Disponível em: Acesso em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12475037&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_06d62934a0804c77adf21650659e50b4&g-recaptcha-response=03AGdBq26z_FKXdsd3P2T6lkr8fulFDZQvcprGKXPfOYD89QTmcZ7Jb-nloy80AaiYRfIG9-7zLOkcYqOzG8QrsEIDGaKSPR1rGDIM2GjVefWdKWY3amX1rz1j96MHAojlhBalyKdr9i3bHIW-grbbv55AStE768DWSxjJb41OeloR3oqTJ6CRyufCTH6E58SXkxPNsACYSk9fh7SwApTH1N0nYY1Bw3_PiWrArFOlv0KddH7quzSAM163SvBjuGNzql_fVTI2MoVrG7qot41RbrJYIGc9Yv8nUCkiw0HoG44McLCFY_7igvPp1cKfxz2Sc00n6D5hdYpL98BShTEv5bzk6vAtG2zUYrNWnc3qpSmaL_Ht3KAS0b_yFPBh1UHnlsqReeECLm3zLqxIX8WaR_J4TfhtCrXFzmrma5bbptabjnggLP6LW8qhKhMeSw2H8nQuSrFaSkUBwrxqgOteZoz27nl1dKQ. Acesso em: 14 maio 2020.

SILVA, Carlos Eduardo de Lima Passos da. *A discricionariedade do juiz na aplicação da pena*. 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4761/1/arquivo66465_1.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. v. 1.

STRECK, Lênio Luiz. *E o que seria a discricionariedade transparente do Ministro Roberto Barroso?* 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>. Acesso em: 14 maio 2020.

TEIXEIRA, Wellington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WACH, Adolf. *Manual de Direito Processual Civil*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-America, 1977.

1.2

AS CAUSAS DA MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

MARIA ANGÉLICA RESENDE PEREIRA¹
PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES²
DANIEL FIRMATO DE ALMEIDA GLÓRIA³

RESUMO:

O presente artigo utiliza o método dedutivo e tem como referencial teórico o CPC/2015 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inicialmente analisará as relações sociais, o princípio do acesso à justiça e dados de produtividade do Judiciário disponibilizados pelo CNJ e, após, apontará algumas hipóteses para a crise de efetividade processual. Logo, propõem utilizar a arbitragem, mediação e conciliação como alternativa para descentralização da tutela dos conflitos no Judiciário. Assim, por meio de métodos adequados de resolução de conflito o litígio poderá ser desjudicializado, trazendo maior satisfação para as partes e efetividade para a esfera judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Morosidade. Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Tutela Jurisdicional.

ABSTRACT:

This article uses the deductive method and has CPC/2015 and the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil as its theoretical framework. It will initially analyze social relations, the principle of access to justice and

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: ma.resende.p@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7697287316648600>.

2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mediador de conflitos pela PUC/MG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

3 Mestre e doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. É professor de Direito Econômico e de Direito do Consumidor da Universidade FUMEC de Belo Horizonte. Defensor Público Coordenador da Defensoria Pública Especializada em Direito do Consumidor. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Direito do Consumidor. Além disso, possui experiência na coordenação de Curso de Direito, bem como na implementação e execução de projetos pedagógicos. Tem livro e artigos publicados. Participante de bancas de concurso na condição de examinador. Diretor do BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. E-mail: danielfirmato@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8418203288672612>.

Como citar o presente artigo científico:

PEREIRA, Maria Angélica Resende; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. As causas da morosidade no judiciário e os métodos adequados de solução dos conflitos. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 25-40.

Judiciary productivity data provided by CNJ and after point out some hypotheses for the crisis of procedural effectiveness. Therefore, they propose to use arbitration, mediation and conciliation as an alternative to decentralize the protection of conflicts in the Judiciary. Thus, by means of appropriate conflict resolution methods, litigation can be rendered legal, bringing greater satisfaction to the parties and effectiveness to the judicial sphere.

KEY WORDS: Judicial power. Slowness. Appropriate Conflict Resolution Methods. Jurisdictional Guardianship.

1 INTRODUÇÃO

O homem é um ser social, característica que possibilitou a sua sobrevivência e desenvolvimento ao decorrer da história. Contudo, quanto maior e mais complexa for a sociedade, maiores serão os conflitos interpessoais existentes que necessitarão de uma solução, a qual muitas vezes não será obtida somente pelas partes.

Assim, o princípio constitucional do acesso à justiça, muitas vezes confundido com a tutela jurisdicional, é um direito concedido a todos os cidadãos brasileiros, de modo que ao se sentir lesada ou ter o seu direito ameaçado, a parte poderá buscar nos termos da legislação vigente uma solução justa e adequada para seu conflito perante o Judiciário. Isto significa que todos podem e devem postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito, sempre que entender necessária esta intervenção.

Logo, quem recorre à justiça a defesa de seus direitos, seja ameaça ou lesão efetiva, deseja e espera que o magistrado na qualidade de figura estatal com poder de decidir o conflito, aponte o direito aplicável para o caso concreto, em substituição da força ou interesse de cada litigante, pacificando os conflitos e facilitando a convivência social.

Entretanto, devido a diversos fatores como o abarrotamento do acervo processual, prolação processual entre as partes, excesso de recursos, prazos especiais dos órgãos públicos, lides temerárias, dentre outros, nem sempre a Esfera Judiciária consegue garantir essa efetividade.

A morosidade processual se tornou alvo de inúmeras reclamações da sociedade, gerando insatisfação e insegurança jurídica quanto às decisões prolatadas tardiamente, pois devido ao longo lapso entre a distribuição do feito e a sentença condenatória, o objeto da lide se modifica ou até é perdido. No intuito de compreender e minimizar a morosidade judicial, o Conselho Nacional de Justiça anualmente apresenta um relatório de eficiência da tutela jurisdicional em números.

Muito embora o acesso à justiça seja um direito de todos, não basta garantir que os conflitos sejam levados a juízo, é preciso garantir que os mesmos sejam julgados em tempo hábil e de maneira efetiva. Desse modo, a utilização de métodos adequados de resolução de conflito como a arbitragem, mediação e conciliação, deve ser incentivada como mecanismo facilitador e desburocratizador da justiça, cujas soluções se realizam mais simples, rápidas e eficientes.

2 O ACESSO AO JUDICIÁRIO E AS RELAÇÕES SOCIAIS

O ser humano é um ser social e por isso precisa estar em contato com seus semelhantes de modo a formar grupos, famílias e sociedade. Ele se completa no outro e percebeu que para garantir a sua segurança e facilitar o desenvolvimento de suas faculdades e capacidades é necessário conviver em sociedade.

Battista Mondin aponta que o ser humano tem a “propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens”. (MONDIN, 1986, p. 154).

Segundo Paulo Nader, a vida em sociedade se resume em três momentos, quais sejam a cooperação, a competição e o conflito:

Na cooperação, as pessoas estão movidas por um mesmo objetivo e valor e por isso conjugam o seu esforço. Na competição há uma disputa, uma concorrência, em que as partes procuram obter o que almejam, uma visando à exclusão da outra. (...) O conflito se faz presente a partir do impasse, quando os interesses em jugo não logram uma solução pelo diálogo e as partes recorrem à luta, moral ou física, ou buscam a mediação da justiça.(NADER, 2014, p.25).

Desta forma, verifica-se a cooperação entre as pessoas, permitindo que ajudem e cresçam em conjunto. Entretanto, a vida em sociedade também acarreta discórdias, uma vez que cada ser possui suas individualidades, pontos de vista e opiniões sobre os mais diversos assuntos e, conseqüentemente, ao compartilharem seus interesses, irão competir pelos mesmos gerando os conflitos.

Inúmeras discussões e conflitos podem ser e são resolvidos diretamente entre os envolvidos (sem necessidade da intervenção de terceiros). Contudo, existem situações em que não é possível se estabelecer um consenso e nesses casos é necessário que um terceiro intervenha para determinar uma solução. A forma mais comum de tratar esse tipo de situação é conceber ao Judiciário, que na qualidade de terceiro imparcial, toma a decisão para dirimir os conflitos ocorridos.

Contudo, durante os primórdios da sociedade, o Estado se absteve em intervir na resolução de conflitos de seus cidadãos, os quais valiam-se da autotutela, mecanismo no qual as partes envolvidas dialogavam entre si, para chegar em um consenso. Porém, na maioria dos casos prevalecia a vontade do mais forte ou mais poderoso.

Diante disso, a sociedade percebeu que necessitava de uma figura estatal que dirimisse os conflitos, tornando mais justas as decisões ao invés de prevalecer aquela imposta pelo uso da força. Logo, para que as decisões fossem tomadas de forma racional, nos termos da lei e por outra figura que não as próprias partes, buscou-se uma análise imparcial da situação, capaz de estabelecer o Direito das partes.

Neste momento criou-se a figura da arbitragem facultativa, submetendo-se os conflitos a uma terceira pessoa imparcial e sem interesse na causa, eleita pelas partes envolvidas e que possuía poderes para decidir sobre a discussão. Posteriormente, a arbitragem se tornou obrigatória e, somente retornou ao seu caráter facultativo no momento no qual o Estado passou a ser detentor de dizer o Direito (WAMBIER, 2018).

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CR/88), devido ao aumento do número de cidadãos e, logicamente, aumento significativo de conflitos, o Estado na figura do Judiciário começou a garantir o direito à justiça e seu acesso a ela.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, percebe-se uma relação direta entre as relações sociais e o acesso à justiça, ou seja, havendo conflito de interesse dentro de uma sociedade, as partes podem e devem acionar o Judiciário com a finalidade de decidir sobre os seus direitos. Contudo, o Judiciário não pode atuar de ofício nas demandas da sociedade, devendo ser pautado no princípio da inércia da jurisdição, ou seja, somente poderá analisar os litígios se e somente se for provocado pelo interessado.

A função Judiciária possui sua estrutura prevista no artigo 92 da CR/88, e para que possa melhor cumprir suas obrigações, organizou-se em comum e especializado. Sendo a primeira, subdividida em estadual e federal e possuindo competência residual, ou seja, lhe é atribuída processar e julgar as matérias que não forem de competência da justiça especializada, a qual é composta pelas justiças do trabalho, eleitoral e militar.

Assim, a Função Judiciária brasileira é composta pelo agrupamento dos órgãos públicos aos quais são atribuídos a função típica de julgar, também conhecida como função jurisdicional, ou seja, analisar o direito das partes diante de casos concretos que lhe são atribuídos e decidir sobre os mesmos.

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direitos subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão. (WAMBIER, 2018, p. 125).

Segundo Luiz Gomes, a função jurisdicional tem como atribuição primordial aplicar conscientemente a lei aos casos que estão sendo analisados pelo Estado a partir da provocação das partes (GOMES, 1997). Isso porque, ao juiz se perfaz função típica e obrigatória identificar diante do ordenamento jurídico a norma a ser aplicada ao caso concreto para solucionar o litígio levado à sua apreciação.

Por sua vez, para Carlos Maximiliano “a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado”. (MAXIMILIANO, 2011, p. 06).

Cabe ressaltar que a tutela jurisdicional não significa que o Estado é tutor do cidadão ou que este é incapaz, mas que o Estado é a figura maior que regulamenta a vida em sociedade de forma harmônica e nos termos da lei. Desta forma, tutela jurisdicional é a função de dirimir, pacificar e, por conseguinte, resolver conflitos que surgem no seu âmbito de atuação político-jurídico, realizada através de um procedimento de aplicação de leis aos casos concretos.

Conforme exposto, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 disciplina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. (BRASIL, 1988). Logo, verifica-se a competência e obrigatoriedade do Poder Judiciário em garantir o cumprimento real dos direitos fundamentais a todos, exigindo o cumprimento da lei sempre que houver violação ou ameaça de violação de direito.

Além da Constituição Federal, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também traz a mesma garantia.

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. (BRASIL, 1992).

O Direito Constitucional do acesso à justiça objetiva repassar a mensagem de que “todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade”. (BULOS, 2007, p. 482).

Kildare Gonçalves Carvalho se posiciona estabelecendo que a garantia constitucional do acesso à justiça “é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário”. (CARVALHO, 2017, p. 460).

Ao buscar a prestação da tutela jurisdicional, a parte que provoca o Judiciário quer ver satisfeito o seu direito ou cessada a ameaça empregada contra ele. Dessa forma, o objetivo é que a tutela jurisdicional prestada pelo Estado seja efetiva e eficaz, capaz de produzir os efeitos não somente de direitos como de fatos, traduzindo na eficiência e satisfação da decisão.

Logicamente, quanto mais uma sociedade se desenvolve e se expande, maiores e mais complexos serão os conflitos tratados. E quanto maior o número de conflitos, mais a Esfera Judiciária será provocada para determinar a decisão do litígio, conseqüentemente, sofrendo um aumento significativo em suas demandas, uma sobrecarga de trabalho e morosidade na prolação de sentenças.

Com o acúmulo de demandas e burocracias existentes no Estado, os litígios demoram para serem analisados e solucionados, acarretando muitas vezes em morosidade processual, que prolonga um processo e sua decisão por anos. A solução, por demorar demasiado tempo para ser deferida, em algumas situações acaba perdendo sua efetividade e até seu objeto, transformando uma obrigação em indenização.

Buscando garantir o princípio de acesso à justiça, o ordenamento jurídico brasileiro concebe a utilização de outros métodos como mecanismos de resolução de conflito. Desse modo, a mediação, conciliação e arbitragem, além de garantir soluções céleres, adequadas e eficientes, também possibilitam uma redução do acervo judicial.

Logo, a efetividade da tutela jurisdicional não está apenas ligada ao direito de acesso à justiça, mas também a uma decisão justa e tempestiva. Assim posiciona Wambier:

Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar

decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão. (WAMBIER, 2018, p. 70).

A sociedade precisa de decisões coerentes e tempestivas para que a segurança jurídica - derivada do poder do Estado em dirimir os conflitos por meio do Judiciário - não seja afetada e a tutela jurisdicional se torne inócua ou descrente perante a sociedade.

3 A EFETIVIDADE JURISDICIONAL EM NÚMEROS DE ACORDO COM A ANÁLISE DO RELATÓRIO DO CNJ: "JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019"

Assim, a busca por soluções por parte do Judiciário para cumprir efetivamente o princípio do acesso à justiça é constante, embora esbarre muitas vezes em diversos percalços, que não podem ser reduzidos sob prejuízo da própria jurisdição processual.

Isso significa que uma das causas de morosidade processual é justamente as atividades do magistrado, que não somente precisa respeitar os prazos mínimos processuais, como também necessita diligenciar inúmeras outras demandas para que possa garantir o seu convencimento dos fatos e decidir com maior assertividade sobre eles. Igualmente, a busca pela Esfera Judicial é constante (no ano de 2018 foram distribuídos mais de 28 milhões de novos processos), e isto gera cada vez mais demora nas execuções dos atos processuais (CNJ, 2019).

A reforma da Função Judiciária realizada através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 buscou apresentar soluções para o desenvolvimento da justiça brasileira. Uma delas foi a criação do Conselho Nacional de Justiça cuja função é controlar a atuação administrativa do Poder Judiciário.

A reforma do Poder Judiciário, feita pela Emenda Constitucional 45, de 2004, confiou ao Conselho Nacional de Justiça, órgão central de controle e planejamento o dever de produzir relatórios estatísticos, bem como o de propor políticas, programas e metas que pudessem aprimorar a atividade jurisdicional no Brasil.

Naquela quadra histórica, muito se falava a respeito de um Poder Judiciário hermético, fechado, demasiadamente afastado da população e que não se dava a conhecer pelo destinatário final dos serviços que presta à sociedade: o jurisdicionado. Decorridos quase quinze anos, o cenário é absolutamente outro.

Tem-se, hoje, um Judiciário mais transparente e acessível ao cidadão. Sabe-se, na atualidade, quanto custa o aparato estatal dedicado à prestação do serviço jurisdicional, quantas pessoas estão vinculadas ao Poder Judiciário brasileiro, quantos são os casos novos, por natureza da matéria, que aportam a cada ano, e qual o desempenho de cada Corte brasileira de acordo com seu porte e ramo de Justiça. (CNJ, 2019)

E assim o CNJ tem feito. Além da fiscalização, vem emitindo ano a ano o relatório Justiça em Números, formando e informando indicadores relacionados aos cumprimentos e pendências dos processos do Judiciário de forma a atribuir o caráter da efetividade em números, demonstrando os avanços, eficiência e principalmente a morosidade das ações que circundam esse poder.

Os indicadores, por sua capacidade de síntese, possibilitam uma comunicação imediata, chamando a atenção para a constituição da sociedade, demonstrando seus avanços ou retrocessos, e servindo como instrumentos para elaboração de políticas públicas sustentáveis ou que garantam, à sociedade, percorrer o caminho da sustentabilidade. (SOARES, 2003, p. 4).

Como bem apresenta o Relatório do CNJ Justiça em Números 2019, as causas da morosidade do Judiciário são inúmeras, destacando-se entre outras causas, o aumento do número de processos, a falta de recursos financeiros do Estado, a carência de servidor para o trabalho forense, a concessão de prazos impróprios para a manifestação do juiz, tendo todas elas contribuições diretas à demora na resolução das lides.

Logo, além de medir a quantidade de processos pendentes, solucionados, baixados de cada esfera do Judiciário, o Relatório de 2018 teve também como objetivo analisar a produtividade dos magistrados, de forma a tentar entender um dos fatores da morosidade da justiça. A produtividade ainda não é fácil de ser medida, haja vista a insuficiência de dados e as diversas competências e classes processuais, todavia, trata-se de um começo.

Os relatórios emitidos pelo CNJ permitem entender como o Judiciário tem se comportado perante a sociedade, quais foram os seus avanços, as dificuldades enfrentadas e principalmente as alternativas de melhorias e correções dos problemas.

Dessa forma, o CNJ utiliza-se da taxa de congestionamento, que apresenta o número de casos que permaneceram pendentes no ano base de 2018.

Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base. (CNJ, 2019, p. 78).

Ao final do ano de 2018, a Esfera Judicial contava com um acervo 78,7 milhões de processos em tramitação e muito embora tenha pela primeira vez na última década apresentado uma redução no volume de casos pendentes, este ainda é um número elevadíssimo, agravando a sua morosidade. Fato que fere diretamente a efetividade do Poder Judiciário para com as partes envolvidas em cada demanda, bem como para com a sociedade em Geral e o Estado, haja vista o altíssimo custo despendido a este poder.

A redução para pouco menos de 80 milhões de processos é extremamente relevante, mas ainda é relativamente pequena em face da necessidade do jurisdicionado, pois se atentarmos por exemplo ao tempo médio de tramitação de um processo na primeira instância estadual, o mesmo ainda demanda 2 anos e 4 meses na fase de conhecimento e mais 6 anos e 1 mês na fase de execução para ser encerrado (CNJ, 2019).

O tempo médio para duração de um procedimento nada mais é que a aplicação do princípio da razoável duração do processo. Ou seja, não é possível estabelecer um prazo fixo para todos os litígios, porém determina o ordenamento jurídico brasileiro que o feito dure por um tempo razoável, sem muitas delongas, como também sem muita rapidez, haja vista precisar de um prazo coerente para a averiguação das provas e prolação da sentença de forma mais assertiva e justa possível.

Desta feita, verifica-se que avanços no Judiciário permitem a busca pela efetividade da tutela jurisdicional. No entanto, analisarmos essa efetividade apenas pelos atos processuais do Judiciário ainda não é suficiente, sob o risco de atentar contra direitos dos próprios cidadãos.

Se por um lado a morosidade traz prejuízos para todos, um procedimento célere, no qual não é garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, igualmente trará prejuízos ao serem tomadas decisões sem fundamentação ou precipitadas. Da mesma forma, o contrário também se fez verdadeiro, porque de nada adianta uma decisão que respeite o devido processo legal, mas demande anos até ser solucionada.

O tempo médio dos processos no Judiciário deveriam, segundo Fernando da Fonseca Gajardoni demandar "o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos" (GAJARDONI, 2003, p. 238).

André Ramos Tavares se posiciona estabelecendo que "o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional" (TAVARES, 2017, p. 597). Logo, não basta um prazo curto ou uma decisão consistente, os dois pontos precisam estar interligados para que haja a efetividade da razoável duração do processo.

4 A MOROSIDADE E SUAS CAUSAS NO PODER JUDICIÁRIO

A Função Judiciária encontra-se cada vez mais sobrecarregada de litígios e não consegue decidir os conflitos dentro dos prazos estabelecidos nas legislações, provocando a morosidade da prestação judicial e, conseqüentemente, a ineficácia da via judicial, vez que os conflitos não se revolvem como esperado pelas partes.

Por essa ótica o Judiciário não tem sido efetivo no Brasil, especialmente no que concerne à implementação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, especialmente aqueles que dizem respeito ao Processo. É com base nesse entendimento, que os métodos alternativos de solução de conflito apontam suas vantagens, pois com eles os litígios se resolvem de maneira mais célere e eficiente.

O notório recrudescimento da crise do processo e da crise do Poder Judiciário deu um impulso considerável para que a arbitragem vicejasse: de fato, a partir das reformas implantadas no Código de Processo Civil, estamos longe de obter um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver os litígios, sendo certo também que a organização judiciária aguarda a tão prometida e decantada reforma que possa dar algum alento a quem precisa de tutela. Por enquanto, o processo judicial continua a ser uma antevisão da eternidade, e é preciso encontrar, nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias que dependam cada vez menos da intervenção estatal (e aí enquadra-se não apenas a arbitragem, mas também a mediação, a conciliação e a negociação). (CARMONA, 2004, p. 18)

Portanto, a morosidade do Judiciário brasileiro, advém de variáveis, como os prazos estipulados em lei, o volume de demanda, os requerimentos das partes e seus atos protelatórios,

que ao serem somados, resultam diretamente no congestionamento das demandas da Esfera Judicial.

4.1 A PROTELAÇÃO DECORRENTE DAS PRÓPRIAS PARTES DO PROCESSO

Quando surge um conflito entre duas ou mais pessoas quanto ao mesmo objeto, muitas vezes o mesmo não é resolvido de forma pacífica, gerando a lide e com ela o impulso inicial da jurisdição.

A lide se caracteriza, como é sabido, pela resistência a uma pretensão manifestada por alguém que quer obter o que entende ser-lhe devido. Isso importa dizer que, em virtude da não obtenção do bem de vida almejado, exatamente pela oposição manifestada por aquele que poderia consentir, o prejudicado irá a juízo. Em outras palavras, o insucesso da via consensual o levará a requerer a intervenção do Estado- Juiz. (NOGUEIRA, 2018)

Diante disso, na tentativa de obter uma decisão justa por parte do Judiciário, caberá às partes expor os fatos e provar suas alegações, observando os prazos pré-fixados em lei, que obrigatoriamente precisam ser observados. A legislação também estabelece inúmeras condições e peças que podem ser apresentadas no decorrer do feito como mecanismos de produção de provas e revisão de decisões.

Porém, em algumas situações, as partes provocam atos para postergar o processo judicial com o objetivo de embaraçar o feito e acabam protelando os prazos, adiando assim a finalização do processo e sua adequada decisão.

4.2 RECURSOS EXCESSIVOS

Outro fator que é tratado na justiça brasileira como uma das causas da morosidade do Judiciário é o excesso de recursos permitidos e existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A sociedade precisa se regular conforme as leis, as quais, em algumas situações, somente são protegidas por força das decisões do Judiciário. Contudo, para cada decisão existe um recurso específico para que seja garantido o duplo grau de jurisdição e as mesmas possam ser revistas quando uma ou ambas as partes não concordarem com o que foi decidido.

Hugo Costa avalia que “as pessoas atribuem a lentidão à falta de trabalho dos juízes, e não é essa a razão. Fica claro no relatório que temos muitas possibilidades de recursos processuais e uma série de fatos que impedem que a Justiça seja eficaz”. (COSTA, 2007).

Não obstante, não se pode confundir direito de recorrer com excesso de recurso e prolongamento do processo. Para todo tipo de ação existe o recurso adequado, todavia, quando utilizados de má-fé, as inúmeras possibilidades de recursos protelam os processos e os prazos processuais, resultando na impossibilidade de trânsito em julgado de uma demanda.

4.3 PRAZOS ESPECIAIS DOS ENTES PÚBLICOS

Os Entes Públicos têm a prerrogativa que garante o lapso temporal mais extenso para se manifestarem nos autos de que façam parte. Embora seja uma espécie de privilégio da fazenda

pública esse maior prazo para se manifestar, trata-se também de uma necessidade, já que os órgãos públicos estão eivados de burocracia que impedem sua manifestação em curto prazo.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal. (BRASIL, 2015).

Logo, a fazenda pública é a pessoa jurídica de direito público, qualificada como a União, Estados e Distrito Federal e Municípios bem como suas autarquias e fundações de direito público.

Odete Medauar (2003) aponta ao poder público como a morosidade do Judiciário justamente em razão de seus prazos mais extensos para manifestações, bem como pelo fato de que o figura como parte de grande parte do acervo judicial, o que agrava o prolongamento das ações judiciais:

O problema se agrava muito quando a questão envolve o poder público, que recorre de tudo e em geral se nega a reconhecer o direito do cidadão [...] As ações em que está presente a Administração Pública representam quase 80% dos casos. Elas sobrecarregam extremamente o Judiciário em todas as esferas. (MEDAUAR, 2003, s/p).

Logo, o prazo em dobro concedido aos Entes Públicos, bem como por figurarem como parte em grande parte dos processos nacionais, se trata de um privilégio maléfico, resultando em feitos que se prolongam nos tribunais, provocando ineficiência nas sentenças.

4.4 OS ABUSOS NO QUE TANGE AO DIREITO DE LITIGAR

O direito de litigar ou o acesso à justiça é um direito fundamental de todos, consagrado pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que, para ser de fato uma garantia fundamental não pode apenas ser um direito de ingresso, mas garantir uma decisão em tempo razoável na resolução do conflito. Para tanto o direito de litigar deve seguir o estrito cumprimento do devido processo legal.

Observa-se que essa garantia refere-se não apenas ao acesso à justiça, mas ao adequado acesso à justiça, em que está implícita a exigência de que a prestação jurisdicional ocorra em um prazo razoável e que existam os meios necessários à sua efetivação. (ABREU, 2008, p. 82).

Desta feita, o abuso no que tange ao direito de litigar corresponde a mais uma causa de morosidade do Judiciário. Isso porque, o acervo que já está na casa dos milhares, a cada ano recebe novos casos, haja vista que todos possuem o direito de buscar uma solução para seus anseios em face ao Judiciário.

Segundo Carvalho Neto (2016) a acessibilidade efetiva à justiça tem sido obstruída também pela abusividade do direito de litigar. O acesso à justiça é uma importante ferramenta democrática para a obtenção da prestação da tutela jurisdicional, e que tem sido perdida pelos inúmeros feitos distribuídos indevidamente, de forma desnecessária, sem motivos legítimos, com excessos intencionais, contrários às outras partes do processo e ao destino econômico e social do direito em geral.

Para Carvalho Neto “tornou-se necessária a limitação do exercício dos direitos subjetivos no âmbito dos limites estabelecidos por sua própria finalidade social e econômica”. (CARVALHO NETO, 2016, p. 25).

Portanto, a soma de todas as causas apresentadas, acarreta um grande acúmulo da demanda na Esfera Judicial e a consequente demora em suas decisões, gerando gastos excessivos ao cofre público e ineficiência na prolação das sentenças.

5. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO COMO SOLUÇÃO PARA O CONGESTIONAMENTO DO ACERVO PROCESSUAL

A função precípua do Direito é garantir a pacificação social. Porém, não é apenas através da Esfera Judicial que se alcança tal objetivo. Inicialmente o Judiciário seria o único capaz de resolver os conflitos da sociedade, no entanto, possui resultado insatisfatório por ser considerado lento, excessivamente oneroso e impositivo perante as partes.

Em contrapartida, os métodos adequados de resolução de conflitos, além de alcançarem o objetivo principal, qual seja a pacificação social, são mais céleres, econômicos e menos desgastantes para as partes. Um grande óbice aos modelos adequados de solução de conflitos, encontra-se arraigado na questão cultural, pois a maioria da população considera que todas as questões devem ser levadas ao conhecimento do Judiciário. Diante desta situação, o Judiciário tem sido insuficiente quanto à prestação jurisdicional frente aos anseios da sociedade.

Sendo assim, o uso da violência no passado, como outrora relatado por Wambier (2018), bem como a morosidade enfrentada pelo atual Poder Judiciário, como também já mostrado pelo relatório do CNJ, são menos eficazes do que uma solução consensual de conflito, como por exemplo a solução através da arbitragem.

Os métodos adequados partem desde a negociação direta entre as partes, para métodos com a intervenção de terceiros como arbitragem, conciliação e mediação. Embora, muitos as considerem como sinônimas, cada uma possui suas características próprias, que as definem e as tornam únicas.

5.1 ARBITRAGEM

Sempre que houver ameaça ou lesão a direito, terá a parte lesionada garantia de acionar a justiça para apreciação e defesa, corroborando a garantia fundamental de acesso à justiça preconizada pela CF/88. Essa apreciação jurisdicional, todavia, poderá ser feita não somente perante o Poder Judiciário, mas também perante os outros métodos de solução consensual de conflitos, permitindo com isso a aplicação da arbitragem na forma da lei.

O Código de Processo Civil, no parágrafo 1º do artigo 3º estipula a utilização da arbitragem como forma de resolução heterocompositiva dos conflitos, confirmando-a como Instituto Jurisdicional reconhecido e garantido aos interessados quando entenderem possível. A arbitragem constitui sistema de resolução de controvérsias no qual um terceiro imparcial participa do pro-

cesso como um juiz particular da causa e decide o conflito, possuindo equivalência à decisão judicial.

Ao tratar da arbitragem como método de solução de conflito, tem-se a falsa percepção de que este é um instituto relativamente recente, porém constitui um dos institutos mais antigos da história do Direito, principalmente quando se refere aos conflitos internacionais. (CREMASCO; LAGE, 2010).

Assim, tem-se que a arbitragem como jurisdição privada antecedeu a jurisdição exercida pelo Estado, existindo registros históricos que apontam que quando a autotutela deixou de ser imposta, a arbitragem surgiu como meio de resolução maneira pacífica, sem o uso da violência. (GRANJA, 2011).

O Brasil, desde o seu descobrimento, nas Ordenações Filipinas e Manuelinas, já tinha a arbitragem como via de pacificação adequada. A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, trazia expressamente em seu artigo 160 a utilização da arbitragem. O Código Comercial brasileiro de 1850 também tinha a previsão da arbitragem, sendo que esta era de utilização obrigatória. O Código Civil de 1916 também trazia em seu bojo a arbitragem e a convenção de arbitragem. O Código de Processo Civil de 1937 e o atual Código, de 1973, nunca afastaram o procedimento arbitral do Direito brasileiro. Outras tantas leis também têm previsão de arbitragem como via de pacificação, dentre as quais podemos citar a Lei das Sociedades Anônimas (1976), a Lei de Greve (1989) e a Lei dos Portos (1993). (GRANJA, 2011).

A arbitragem foi importante na história do Brasil e esteve presente em suas principais legislações no decorrer dos anos. O dispositivo se fez presente desde o Código Civil brasileiro de 1916 e hoje encontra-se o referido instituto na Lei nº 9.099 de 1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e, na Lei nº 9.307/96, cuja legislação provocou a mudança mais profunda da Arbitragem.

Destaca-se que muito embora a Lei de Arbitragem possibilite aos seus usuários outra forma de solução de conflitos, todavia, isso não obstaculiza o acesso ao Judiciário, que poderá a qualquer momento, ser demandado para a solução de qualquer conflito proveniente de vícios apresentado na sentença arbitral.

Ademais, a arbitragem não é um meio obrigatório, compulsório, mas apenas uma faculdade conferida aos interessados a fim de garantir o efetivo acesso à justiça, na qual se vale do princípio da autonomia, em que os interessados possuem a liberdade de estabelecer as regras do procedimento.

5.2 CONCILIAÇÃO

Outro método de solução de conflito é a conciliação, na qual as partes constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem. Nesse mecanismo, o conciliador é um terceiro que irá gerenciar essa situação, que pode ser a autoridade competente pelo feito ou pessoa indicada pelas partes, que tentará aproximá-las, compreender a situação e ajudar nas negociações. Normalmente seu uso é aconselhável em conflitos objetivos, ou seja, aqueles em que as partes não possuem ou queiram manter um relacionamento significativo. Um bom exemplo de conflito objetivo é uma ação de consumo em

que a parte lesada somente busca o adimplemento de seu direito, ao contrário de uma causa de família em que mesmo após encerrado o litígio, os envolvidos poderão ainda continuar mantendo algum vínculo, como no caso de um divórcio com filhos.

É de competência do conciliador resolver, sugerir e indicar propostas, bem como apontar falhas, vantagens e desvantagens fazendo sempre jus à composição. É certo que nem sempre a conciliação será o mecanismo apto a solucionar os conflitos, há situações que demandam a atividade do Poder Judiciário.

No entanto, a conciliação deve ser sempre a primeira alternativa utilizada como instrumento de pacificação dos conflitos. Isso não significa que somente podem ser tratadas no início do feito, pois podem surgir questões futuras como a própria morosidade do Judiciário que façam com que as partes busquem uma solução mais célere e certa.

O próprio Código de Processo Civil prevê uma fase específica para que ocorra a tentativa de conciliação, assim dispõe o artigo 165 do CPC:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (BRASIL, 2015).

Inclusive, nas conciliações judiciais o acordo possui força de decisão judicial, pois são obrigatoriamente homologados pelo juízo competente, ou seja, caso após realizada toda negociação uma das partes não cumpra com suas obrigações, a outra poderá executá-lo.

5.3 MEDIAÇÃO

Muito embora exista certa semelhança, não se pode confundir conciliação com mediação, sendo que a mediação é conceituada como um método extrajudicial em que um terceiro imparcial, denominado mediador, não irá interferir diretamente no conflito e, sem poderes para decidir o caso, irá auxiliar os envolvidos a identificarem as origens dos conflitos e as formas de solucioná-los.

Assim, enquanto na conciliação o terceiro interfere diretamente no conflito, na mediação o seu papel é de apenas auxiliar que as próprias partes possam restabelecer a comunicação e possam em conjunto chegar a uma decisão que traga benefícios para ambas.

Por fim, temos na figura na mediação o que se espera como a solução mais saudável de resolução de conflitos, no qual o terceiro não irá impor uma "solução", mas facilitará a comunicação entre partes, auxiliando e estimulando uma resolução consensual. Ao contrário do viés acusatório impositivo, na mediação, as partes buscam construir uma ponte compreendendo as necessidades e possibilidade do outro, estreitando a relação e a satisfação da continuidade da relação. (GONÇALVES; LOPES, 2019)

Podem optar por esse tipo de procedimento pessoas físicas ou jurídicas que busquem uma solução amigável sobre direitos disponíveis, sendo que o papel do terceiro será conduzir o debate para que as partes escolham qual é a melhor solução para o conflito. Nesse mesmo sentido, dispõe o autor Leandro Vito Comini:

A mediação consiste em um método de resolução de conflitos em que as partes de uma controvérsia recorrem a um terceiro mediador, neutro, que irá

analisar o caso em questão e apresentar norteadores para que o caso seja melhor e mais equitativamente resolvido. Na mediação o terceiro não opina diretamente no direito em questão, nem toma nenhuma resolução, este papel é reservado somente para as partes. (COMINI, 2010).

Logo, o mediador não está vinculado ao conflito, mas sim as partes, pois não possui poder de decisão, nem tampouco de interferir na decisão tomada pelas partes, apenas trabalhando para que elas mesmas possam alcançar soluções de ganhos mútuos.

Assim como os outros métodos adequados de resolução de conflitos, a mediação não obsta a procura pelo Judiciário caso não seja possível chegar a um acordo, mas caso o consenso seja almejado, esta decisão passará a ser um título executivo extrajudicial.

Ao contrário do processo judicial ou arbitral em que a decisão é imposta por um magistrado ou árbitro, sem que as partes possam ter certeza do resultado até que o mesmo seja proferido, tanto na mediação quanto na conciliação o acordo é decidido em conjunto e pelos próprios envolvidos, trazendo a certeza de que ambos sabem exatamente o que foi determinado como sua obrigação ou direito.

Em procedimentos autocompostivos, é retirada a incerteza que envolve uma ação judicial, é proporcionado tempo e técnicas para que o conflito possa ser trabalhado de modo que os envolvidos possam buscar seus interesses e até reestabelecer vínculos perdidos.

6 CONCLUSÃO

A morosidade na prestação jurisdicional é um fato incontestável e seus efeitos são danosos à sociedade, de modo que se mostrou necessário buscar soluções adequadas para que os litígios sejam dissolvidos. O Judiciário, embora tenha o papel de garantia fundamental à justiça, não consegue cumprir adequadamente sua função no alcance da paz social e o cidadão sofre os efeitos de um sistema perpétuo, que retarda as soluções e angaria demandas.

Todo esse contexto faz com que o Judiciário tenha uma baixa credibilidade pública, acarretando a insegurança jurídica, contrariando as obrigações basilares do estado de garantir a paz social entre as pessoas e a confiança nas decisões exaradas pelo Judiciário. Quando surge um conflito que não pode ser solucionado diretamente entre as partes é de suma importância que seja garantida a segurança jurídica, pois se o Judiciário é responsável pela tutela dos cidadãos, deve dirimir o conflito e julgá-lo de forma justa, aplicando a lei ao caso concreto.

Se o acesso à justiça, ou mais precisamente o direito de litigar, encontra-se falho e tardio, a conclusão que podemos tirar é que as soluções não surtiram o efeito esperado na sociedade através do Judiciário, sendo essencial que outras formas de solucionar os conflitos interpessoais sejam utilizadas como garantia da solução do litígio e meio de descongestionar a Esfera Judicial.

Diante disso, anualmente o CNJ emite um relatório estabelecendo em números a real efetividade da tutela jurisdicional, determinando o número de processos abertos no ano, o número de processos analisados, pendentes, solucionados, transitados em julgado e baixados, dentre outras variáveis. Como apresentado, o número de processos baixados é insignificante perante

todo o acúmulo processual, gerando a dificuldade de análise das demandas e consequentemente soluções tardias.

Nessa linha, embora seja obrigação do Poder Judiciário a tutela jurisdicional, sua efetividade não tem ocorrido, que por estar lento não executa corretamente sua função primordial. Com vistas a corrigir parte do problema da morosidade, o ordenamento jurídico brasileiro precisa valer-se de mecanismos facilitadores e desde 2004, com a Emenda Constitucional 45, o Estado já busca melhorias no Judiciário e celeridade em suas decisões.

Trazida principalmente pelo Código de Processo Civil de 2015, a legislação atual incentiva métodos adequados de solução de conflitos, que não possuem tanta complexidade e burocracia quanto o Judiciário e proporcionam decisões mais simples, rápidas e eficazes. Como medida de correção da morosidade, os três principais métodos de solução de conflito são a arbitragem, conciliação e mediação.

Logo, caso as partes optem que seus conflitos sejam analisados e decididos utilizando esses métodos, não só obterão decisões mais céleres e adequadas como será possível reduzir o acervo judicial. Ainda, quando utilizados, a Esfera Judicial se torna mais econômica e eficiente, restando para apreciação dos magistrados apenas as demandas mais complexas e de competência exclusiva.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Gabriele Cristina Machado. *A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.
- BRASIL. *Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasil, 06 nov. 1992.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito: totalmente atualizado de acordo com o novo Código Civil*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.
- COMINI, Leandro Vito. A jurisdição estatal e as alternativas para a solução dos conflitos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 09 jul. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27520>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- COSTA, Hugo. *Relatório explica o motivo da lentidão da Justiça*. reportagem da Agência Brasil. Relatório do Banco Mundial (Bird), divulgado no dia 06 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2007-12-06/relatorio-explica-motivo-da-lentidao-da-justica-avalia-magistrado>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- CREMASCO, Suzana Santi; LAGE, Telder Andrade. *Para entender: A Arbitragem Interna e Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. Uberaba: Livraria e Editora Lemos & Cruz, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Camila Soares; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. *A Mediação e a Crise no Judiciário*. XVIII Congresso Nacional do Conpedi. Goiânia, 2019.

GRANJA, Duanne Valente Neiva. *Arbitragem no Brasil: o limite da autonomia da vontade*. Web artigos, 29 jul. 2011. Disponível em: <http://www.web-artigos.com/artigos/arbitragem-no-brasil-o-limite-da-autonomia-da-vontade/72670>. Acesso em: 26 mar. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2011.

MEDAUAR, Odete. Nossos direitos em suas mãos. *Jornal da Universidade de São Paulo*. Disponível em: <http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp667/pag0304.htm>. Acesso em: 16 abr. 2019.

MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?*. São Paulo: Paulinas, 1986.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Os sujeitos do processo no novo CPC*, publicado em 08 jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271931,41046-Os+sujeitos+do+processo+no+novo+CPC>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SOARES, J. S. F. *Indicadores de bem-estar social nos municípios da bacia hidrográfica do rio Guaribas*. Piauí. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



DOS SUJEITOS DO
PROCESSO

A (IM)PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

THAÍS BERGANHOLI DE OLIVEIRA¹
FLÁVIA BARACHO LOTTI CAMPOS DE SOUZA²
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO:

A publicidade dos atos processuais, junto ao dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX da CR/88, garantem a concretização do devido processo constitucional. A ausência de fundamentação causa nulidade da decisão judicial, embora nas decisões de suspeição por motivo de foro íntimo, o magistrado esteja dispensado de declarar suas razões. Assim, buscar-se-á, a partir de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo e como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional, discorrer sobre a fundamentação jurídica como pressuposto de validade das decisões judiciais, para concluir pela inconstitucionalidade do art. 145, §1º do CPC/15.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da publicidade. Princípio da fundamentação. Suspeição por foro íntimo. Devido processo constitucional. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT:

Publicity of procedural acts, together with obligation to state reasons for judicial decisions, provided for in art. 93, IX of CR/88, ensure the implementation of proper constitutional process. Absence of reasoning causes nullity of the judicial decision, although in suspicious decisions on grounds of intimate forum, magistrate is exempted

- 1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada. E-mail: tberganholi@hotmail.com. Lattes:<http://lattes.cnpq.br/6875333515313470>.
- 2 Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessora Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: flaviabaracho@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6974995901549094>.
- 3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). *Orcid id*: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar o presente artigo científico:

OLIVEIRA, Thaís Berganholi de; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A (im) prescindibilidade de fundamentação nas decisões de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 42-55.

from stating his reasons. Thus, it will be sought, from bibliographical research, using deductive method and as a theoretical framework the Theory of Constitutional Process, to discuss legal basis as a precondition for the validity of judicial decisions, to conclude by unconstitutionality of art. 145, §1 of the CPC/15.

KEYWORDS: Principle of advertising. Principle of reasoning. Suspicion for intimate reason. Due constitutional process. Civil Procedure Code 2015.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito ressurgiu no Brasil após 1988, depois de um período ditatorial, com o propósito de assegurar a soberania popular, fortalecendo mecanismos de democracia representativa e, dentre aspectos estruturantes e organizacionais do Estado e de suas funções, ampliar e assegurar o exercício dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, mediante uma jurisdição constitucional, limitando o poder estatal de seu autoritarismo.

O Estado-Juiz, em sua função jurisdicional, tem como finalidade dar uma solução justa aos conflitos que lhe forem apresentados, de forma imparcial e criativa, apta à formação da coisa julgada, a partir da observância de um devido processo, que consiste na observância formal das normas processuais e na obtenção de uma decisão razoável e proporcional (DIDIER, 2020).

Dentre as variadas garantias processuais constitucionalmente consagradas, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a duração razoável do processo e a publicidade dos atos processuais, há também o dever de motivação das decisões judiciais, direito processual fundamental, previsto no art. 93, inciso IX da CR/88 (BRASIL, 1988).

O dever de fundamentação das decisões judiciais tem dupla função: permitir que as partes do processo conheçam as razões de convencimento do magistrado, de forma a controlar a atuação estatal e garantir aos membros de hierarquia superior subsídios para realizar o juízo de reforma da decisão; e permitir que toda a sociedade, verdadeira detentora do poder estatal, tenha conhecimento das decisões proferidas no exercício da função jurisdicional (DIDIER, 2020, v. 2).

O Código de Processo Civil de 2015, nos termos dos seus art. 11 e art. 489, reconhece a fundamentação como elemento essencial das decisões judiciais, sob pena de nulidade (BRASIL, 2015). No mesmo sentido, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que estabelece o dever de motivação das decisões, não se permitindo decidir com base em valores jurídicos abstratos (BRASIL, 1942).

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, há muito vem ratificando o dever de fundamentação das decisões judiciais pelos magistrados, sob pena de violação a norma constitucional.

Não obstante, há hipóteses em que a fundamentação é dispensada, como na decisão de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo, previsto no art. 145, §1º do CPC/15 (BRASIL, 2015), em confronto direto com o art. 93, inciso IX da CR/88.

Assim, buscar-se-á, neste artigo, a partir de pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo e como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional, perquirir a in(constitucionalidade) da prescindibilidade de fundamentação nas decisões de suspeição de

foro íntimo, diante o dever de fundamentação das decisões judiciais constitucionalmente consagrado.

Para tanto, abordar-se-á o conceito do devido processo constitucional, como princípio estruturante do Estado de Direito; o dever de fundamentação das decisões judiciais, como garantia do jurisdicionado e da sociedade em geral; os elementos essenciais das decisões judiciais; o dever de publicidade dos atos processuais, suas restrições e correlação com o dever de fundamentação; para, ao final, concluir pela inconstitucionalidade da dispensa conferida aos magistrados de declararem suas razões de suspeição por motivo de foro íntimo, nos termos do art. 145, §1º do CPC/15.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DOS JURISDICIONADOS

O devido processo legal, com previsão constitucional, é direito fundamental dos cidadãos a um processo adequado, justo e efetivo, desprovido de arbitrariedades do Estado, a quem cumpre respeitar as normas processuais previstas no ordenamento jurídico, seja no processo legislativo, administrativo ou judicial.

A regra do devido processual legal ou “*due process of Law*” como garantia contra o exercício abusivo do poder é remota, com previsão em instrumentos germânicos, embora usualmente tenha sua origem remetida à Magna Carta de 1215 na Inglaterra, que limitou os poderes dos monarcas (DIDIER, 2020).

Embora o texto normativo seja antigo, o conteúdo do que venha a ser devido processo legal vem ao longo do tempo sofrendo modificações e se elastecendo. Obviamente, o que era devido no Século XIII não é o que se entende como devido atualmente, incorporando, pois, ao seu conceito diversas garantias processuais outrora inexistentes. Uma vez ampliadas não é possível, todavia, retroceder e deixar de observá-las, porquanto passam a compor o rol das garantias mínimas que estrutura o devido processo legal, direito reconhecidamente fundamental (DIDIER, 2020).

Nos termos do art. 5º, inciso LIV da CR/88 “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), o que significa que o processo deve, em sentido formal ou procedimental, atender às regras e princípios processuais, tal como os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, em sentido material ou substancial, de forma a garantir uma decisão justa, adequada e razoável (DIDIER, 2020).

Há quem diferencie o devido processo legal ao devido processo constitucional, como sendo o primeiro resultado da observância das regras processuais infraconstitucionais. Contudo, um processo será devido quando forem observadas não apenas a lei em sentido estrito, mas todo o ordenamento jurídico, em especial os direitos e garantias constitucionais. O processo será, portanto, devido quando em conformidade com o Direito como um todo, fazendo alusão a todas as normas jurídicas, incluídas as regras, princípios, postulados e cláusulas gerais constitucionais.

Em verdade, trata-se da constitucionalização do processo, segundo o qual, as normas processuais passam a integrar o texto constitucional, como também as normas infraconstitucionais devem ser aplicadas sob a ótica constitucional, numa relação de coerência e troca mútua.

Neste sentido, o art. 1º do CPC/15 estabelece que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (BRASIL, 2015).

Compreendido como garantidor de direitos constitucionais, o devido processo visa interligar os princípios e zelar pela segurança jurídica processual fazendo que o Estado de Direito atue dentro das diretrizes já estabelecidas com efetividade jurisdicional.

Dessa forma, ao se conceber um processo como devido, as regras procedimentais devem ser aplicadas, atendendo às diversas garantias constitucionais, sem as quais, não é possível falar em devido processo legal, em seu sentido amplo, ou no devido processo constitucional.

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos) (SOUZA, 2005, p. 374).

No devido processo constitucional tem-se, pois, asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, da proibição de produção de provas ilícitas, da publicidade, do juiz natural, da motivação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, do acesso à justiça, da adequação, da boa-fé processual, dentre outros.

3 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O dever de fundamentação das decisões judiciais é princípio constitucional, corolário do devido processo legal em sentido amplo, ou devido processo constitucional, eis que não se concebe um processo justo e adequado, sem que os atos processuais sejam públicos e suas decisões fundamentadas.

Trata-se de um direito fundamental, intrinsecamente ligado aos “direitos de acesso à justiça, ao devido processo e à irretroatividade da coisa julgada, com fortes acentos axiológicos, e sintetizando exigências de segurança jurídica” (SOUZA, 2005, p. 374).

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

A fundamentação das decisões judiciais tem como objetivo permitir que as partes do processo conheçam as razões de convencimento do magistrado, de forma a controlar a atuação estatal e garantir aos membros de hierarquia superior subsídios para realizar o juízo de reforma da decisão; e permitir que toda a sociedade, verdadeira detentora do poder estatal, tenha conhecimento das decisões proferidas no exercício da função jurisdicional (DIDIER, 2020).

O controle interno realizado pelas partes do processo resulta da função endoprocessual da fundamentação, enquanto o controle externo caracteriza a função exoprocessual ou extraprocessual, “pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada” (DIDIER, 2020, p.315).

Uma decisão fundamentada é, pois, aquela que apresenta às partes e a toda a sociedade as razões lógicas e jurídicas que levaram o magistrado a construir determinado entendimento. Deve-se pautar no Direito, livre de interferências pessoais (NEVES, 2015). Todavia, “por mais requisitos que a lei crie para condicionar o juiz à vontade do Direito ao fundamentar sua decisão e não à sua vontade pessoal, o elemento humano na interpretação do Direito nunca poderá ser afastado das decisões judiciais” (NEVES, 2015, p. 26).

Para Canotilho:

A “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjetivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas (CANOTILHO, 1999, p. 621).

Embora haja alguma distinção entre fundamentação e motivação, estas terminologias são muitas vezes compreendidas como sinônimos. Isso se dá pela ausência de rigor linguístico adotado pela Teoria Geral do Processo tradicional:

Nossa TGP tradicional não percebe que há ontologicamente uma distinção entre o ato de motivar e o ato de fundamentar, muitas vezes tratando ambos como sinônimos de maneira superficial. Isso deixa evidenciar que aos mesmos escapa uma preocupação com a construção de uma base hermenêutica adequadamente capaz de transcender o Positivismo Jurídico como condição para fomentar uma visão democraticamente correta (PEDRON, 2018, p. 1).

Neste norte, Flávio Pedron evidencia a ideia apresentada pela Teoria Geral do Processo tradicional que se limita a compreender o motivar como sendo a justificação das razões atribuídas na tomada de decisões (PEDRON, 2018).

É preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma

o motivo da decisão. Diz Streck que “jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’”. Essa escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente (PEDRON, 2018, p. 4).

A motivação é então a indicação dos elementos que se considerou pertinente a determinada decisão, indo ao encontro da “quebra do requisito jurisdicional da imparcialidade” (PEDRON, 2018, p. 4). Assim, “motivo (do latim *motivum*, o que move), é causa ou razão de algo, o que causa ou determina alguma coisa. Para o juiz, motivar é explicar ou justificar os motivos ou as razões dos fundamentos” (SOUZA, 2005, p. 360).

Analisando o dever de fundamentar a partir da teoria do direito, volta-se ao positivismo jurídico tão enraizado na aplicação do direito. Apontam-se dois aspectos do positivismo jurídico: o positivismo normativista e o positivismo exegético. Tais aspectos, de forma geral, desconsideram valores, sendo categoricamente racionais. “No campo do direito, pode-se dizer que os valores ou juízos de valor, por o serem racional e cientificamente cognoscíveis, não podem fazer parte do conhecimento jurídico. O positivismo é pessimista com os valores”, como explica Schmitz (2015, p. 53).

O positivismo exegético vertente do positivismo jurídico oriundo após a Revolução Industrial traçou uma ideologia de cunho liberal, na qual regulava “reforço do parlamento frente às demais funções estatais” (SOUZA, 2017, p. 24). Com essa idealização surge a Codificação Napoleônica, bem como a importância da hermenêutica legislativa, dando origem à Escola da Exegese:

O Poder Legislativo, que recém havia conquistado seu espaço na manutenção da democracia francesa, passou a ter o monopólio da produção do Direito. Nesse contexto surgiu a École de l'exégèse, que é o resultado do Código Napoleônico (1804), editado e promulgado para consolidar um novo regime que ali se iniciava e que enxergava o Direito como a mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. “Lei” e “Direito” foram reduzidos a uma só coisa, e ao julgador caberia apenas verificar, no contexto fático que lhe era apresentado, qual dispositivo legal seria aplicável. Todo esforço hermenêutico teria sido feito, acreditava-se, pelo Legislador, e o Código era um texto onipotente, basicamente livre de lacunas (SCHMITZ, 2015, p. 54).

Com a Escola da Exegese sobrevêm os primeiros intérpretes, que na ausência de norma legal oriunda de lacunas legislativas poderão dizer o direito como forma de completar o ordenamento jurídico, desconsiderando qualquer princípio, costumes e doutrinas. Essa visão fora aplicada no Código de Napoleão (SOUZA, 2017).

Desta Escola extrai-se, ainda, o princípio da certeza do direito, na qual as decisões são previsíveis, o que ocasionava, à primeira vista, segurança jurídica. Neste norte, “o jurista (deveria) renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está estabelecido

na lei” (BOBBIO, 1995, p. 80). Todavia, muito se criticava a respeito desse silogismo em que a interpretação era eivada de subjetivismos, segundo aponta Lorena Sousa (2017).

Ao lado de Lorena Sousa (2017), Hans Kelsen (1998) defende que de um caso concreto pode-se ter variadas interpretações e soluções, o que retira esse caráter taxativo elencado por Bobbio (1995). Para Kelsen, a decisão:

Seria fruto de uma política judiciária e não da teoria do direito, uma vez que a questão central em saber qual é a interpretação correta, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1998, p. 393).

Acerca dessa discricionariedade que é dada ao julgador, segundo apontado por Kelsen (1998), o julgador dirá o direito e aplicará ao caso concreto. “Diante de casos deste jaez, cabe ao julgador criar o direito aplicável àquela hipótese – buscando resposta para além do direito – ao invés de aplicar o direito já estabelecido previamente” (SOUSA, 2017).

Nota-se a presença da discricionariedade judicial, crítica levantada também por José Ommati ao citar decisão do Supremo Tribunal Federal:

Em um primeiro momento, o STF acertadamente decidiu que o Judiciário deve responder a todos os argumentos levantados pelas partes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, com base em clássicos do Direito brasileiro, tais como João Barbalho e Pontes de Miranda, e fazendo menção ao Direito alemão, afirmará que a Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, constitucionalizou uma pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Sobre esse último aspecto, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador corresponde ao dever do juiz de a eles conferir atenção, envolvendo não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (OMMATI, 2014, p. 110).

Theodoro Júnior assevera que a fundamentação é justificação do magistrado, elencando as razões pelas quais julgou dessa forma:

Na *quaestio facti* discutem-se os eventos naturais ou as ações humanas de que originaram os direitos e as obrigações cuja a atuação se pretende alcançar no processo. Indaga-se sobre a verdade, ou não, dos fatos alegados pelas partes. [...] O exame dos fatos, portanto, se apresenta apenas como caminho lógico para se alcançar a definição da situação jurídica envolvida no litígio e retratada no pedido formulado pelo autor (demanda). Esta situação definida pela conclusão da sentença, e não os eventos que a motivaram, é que transita em julgado [...] (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1419).

A fundamentação possui vários delineamentos que extrapolam a essencialidade de fundamentar um ato do magistrado, sendo um “duplo discurso”, além de solucionar um litígio de forma precedente.

Dessa forma, o “fundamento (do latim *fundamentum*, de *fundare*), base, alicerce; razão ou argumento em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista; razão justificativa” (SOUSA, 2005, p. 360).

3.1 FUNDAMENTAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

A fundamentação das decisões judiciais consagrada constitucionalmente é reconhecida como norma fundamental do processo civil, numa dialética já conhecida pelo constitucionalismo do direito processual.

Segundo o art. 11 do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” (BRASIL, 2015).

Por isso, o dever de fundamentação é considerado elemento essencial das decisões judiciais, indispensável à formalização do ato. Embora o art. 489 do CPC/15 refira-se à sentença, Fredie Didier alerta que “esses são elementos essenciais a todo tipo de decisão judicial.” (DIDIER, 2020).

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (BRASIL, 2015).

O primeiro elemento essencial da sentença é o relatório, que tem por escopo “situar a fundamentação, circunstancializando-a, em certa medida” (ALVES, 2015).

É a exposição que o magistrado faz de todos os fatos e razões de direito alegadas pelas partes e a história relevante do processo (ALVES, 2015). A partir desse requisito, o magistrado demonstrará que efetivamente tem conhecimento da causa.

O dispositivo caracteriza-se como sendo o “elemento nuclear comum a todo e qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório” (DIDIER, 2020, p. 455). Trata-se da parte conclusiva da decisão, trazendo uma resposta para os pedidos das partes, a partir de um preceito ou comando normativo.

Já a fundamentação, conforme demonstrado, consiste na descrição e apresentação das razões e motivos que o levaram a proferir determinada decisão em busca da verdade possível no processo, com fito a alcançar a justiça (DIDIER, 2020).

A verdade real é um ideal inatingível que não deve ser buscado no exercício da jurisdição. Ela deve ser construída com a participação efetiva das partes do processo, a partir das provas nele produzidas e apresentadas.

Toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, a informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e a validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto (DIDIER, 2020, p. 396).

Em razão dessa verdade construída é que se justifica a necessidade de fundamentação das decisões, de forma que as partes tomem conhecimento das razões jurídicas que levaram

o magistrado àquela tomada de decisão e a coletividade perceba os elementos que moldaram o precedente.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a estrutura da decisão judicial, composta pelo relatório, fundamentação e dispositivo, como necessária ao cumprimento do devido processo legal:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por Lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgredir a noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. [RE 435.256, rel. min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009.] (BRASIL, 2009).

A ausência ou deficiência na fundamentação é causa inclusive de nulidade da decisão judicial, consoante art. 11 e art. 489, §1º do CPC/15 (BRASIL, 2015), que enumera de forma exemplificativa as situações em que a decisão apresenta fundamentação inútil ou insuficiente para o conhecimento pelas partes das razões de decidir e possam exercer efetivamente os atos processuais de revisão, por ventura necessários.

Pode dizer-se, que há três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, e m última análise: 1. Ausência de fundamentação; 2. Deficiência de fundamentação; e 3. Ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença (WAMBIER, 2014, p. 276).

Assim, a decisão não será devidamente fundamentada quando se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar a sua relação com a causa ou com a questão decidida (BRASIL, 2015), exigindo-se cautela do magistrado ao fazer menções no caso concreto sem a devida correlação entre elas.

Também será considerada sem fundamentação quando empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso (BRASIL, 2015), devendo evitar expressões ambíguas ou vagas.

[...] se [os conceitos jurídicos indeterminados] não forem utilizados de forma constitucionalmente correta, podem representar uma autorização em branco para que o órgão julgador possa decidir “qualquer coisa” a partir de argumentos (não ditos) de religião, moral, preconceitos, etc., e tentar blindar sua decisão com a invocação de um conceito genérico que poderia servir, em tese, para outros dispositivos, quando não, para dispositivos justamente em sentido contrário. Por isso que a sentença/acórdão tem de estar em ligação direta nas especificidades do caso (BAHIA; PEDRON, 2016, p. 49-50).

A fundamentação padrão, sem individualização, é outra causa de invalidade, já que se prestaria como justificção a qualquer outra decisão (BRASIL, 2015), o que traz a ideia de uma decisão genérica e abstrata, desprezando o caso concreto. Acerca disso assevera Lorena Sousa:

Nesse rumo, é preciso romper com o denominado “juiz-computador”⁷⁴, encontrado frequentemente em gabinetes, no Brasil. O dever de fundamenta-

ção das decisões perpassa pelo resgate do caso concreto, ao invés da missão incorporada pelos órgãos jurisdicionais brasileiros no sentido de decidirem abstratamente (questões unicamente de direito) para se extrair uma tese – a ser aplicada mecanicamente – fechando os sentidos normativos. E a hipótese do inciso III, do §1º, do artigo 489, do CPC/15, não destoa deste objetivo (SOUSA, 2017, p. 88).

Outra causa de deficiência na fundamentação seria o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (BRASIL, 2015).

Trata-se do direito fundamental que a parte tem de ver todos os seus argumentos examinados e rebatidos (ou aceitos) pelo órgão julgador. Ou seja, não basta tomar conhecimento dos argumentos e delineá-los no relatório. A parte tem direito a que sejam considerados os argumentos de modo sério e detido [...] Com isso, cai por terra, definitivamente, a decisão slogan muito utilizada em embargos de declaração e em outros recursos para rebater a alegação de que não foram examinados todos os argumentos (STRECK, 2016, p. 685).

Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar as razões determinantes, nem demonstrar que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos, também configura ausência de fundamentação, conforme preceitua o CPC/15 (BRASIL, 2015). Por este dispositivo extrai-se, inclusive, que os precedentes judiciais não vinculam o magistrado a aplicá-los em toda e qualquer circunstância.

Por fim, o inciso VI do artigo 489, §1º do CPC/15 impede a inobservância de súmula, jurisprudência ou precedente suscitado pela parte, sem que demonstre a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento jurisprudencial. A partir desse dispositivo, exige-se justificar o cabimento ou não do precedente ou da jurisprudência.

Fato é que a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais, não bastando, conforme visto, uma indicação abstrata de dispositivos legais e enunciados, sendo imprescindível ao magistrado demonstrar as razões que o levaram a decidir daquela forma, apresentando a fundamentação substancial em observância ao devido processo legal e constitucional.

Há, contudo, exceção ao dever de motivação, como nas decisões de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo.

4 SUSPEIÇÃO DO JUIZ POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO: EXCEÇÃO AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO?

A fundamentação das decisões judiciais faz parte do conteúdo mínimo do devido processo legal, considerado direito fundamental do cidadão, sendo imprescindível sua observância, sob pena de nulidade.

Trata-se, inclusive, de elemento essencial e direito fundamental do processo, com previsão expressa no CPC/15 (BRASIL, 2015). Não obstante, o artigo 145, §1º do CPC/15 dispensa a fundamentação da decisão judicial que declara a suspeição do magistrado por motivo de foro íntimo:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

[...]

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. (BRASIL, 2015).

Segundo Daniel Amorim, a previsão do legislador acerca da desnecessidade de declarar suas razões tem como objetivo proteger a intimidade do magistrado, por se tratar de matéria de foro íntimo (NEVES, 2015).

A preservação da intimidade é direito fundamental dos cidadãos, consagrado no art. 5º, inciso X da CR/88 e segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Em razão dela, inclusive, é possível restringir o direito fundamental à publicidade dos atos processuais, consoante art. 5º, inciso LX da CR/88 e art. 93, inciso IX da CR/88:

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

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

O princípio da publicidade dos atos processuais, tal como o da fundamentação tem duas funções: garantir às partes do processo o conhecimento das razões que levaram ao magistrado à tomada de decisão, de forma a efetivar o direito à ampla defesa e, por conseguinte, ao devido processo legal, como também garantir ao público em geral se informar do exercício jurisdicional, em verdadeiro controle dos atos judiciais.

A exceção ao dever de publicidade, enquanto direito fundamental, tem previsão na própria Constituição Federal e tem relação com a publicidade externa e não com a interna, que segundo Fredie Didier tem como objetivo controlar os atos processuais pela opinião pública, enquanto a última, proteger as partes dos juízos arbitrários e secretos. (DIDIER, 2020).

Se se restringe a publicidade externa, a publicidade interna mantém-se íntegra, sob pena de se esvaziar todas as outras garantias constitucionais e estruturantes do processo, como o devido processo constitucional.

Segundo Humberto Ávila, mesmo quando preciso realizar um juízo de ponderação numa eventual colisão de princípios, os princípios estruturantes não podem ser afastados, sob pena de se desestruturar o próprio Estado de Direito (ÁVILA, 2018). Assim como acontece com o princípio da intimidade e da publicidade, o mesmo raciocínio deve ser feito com o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Os atos judiciais, tal como a decisão de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo, podem ser sigilosos para garantir o direito à intimidade do magistrado, de forma que não haverá publicidade externa dos motivos que o levaram a se afastar do exercício da jurisdição naquele caso específico. Contudo, isso não impede que a decisão seja fundamentada e que as partes do processo dela tomem conhecimento, garantindo o controle interno do ato, realizando o devido processo constitucional.

É preciso romper com a concepção de decisão judicial trazida pela teoria do direito, pautada no método silogístico, resultado da mera subsunção dos fatos à norma, “com a premissa maior representada pela norma, à premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final” (SOUSA, 2017, p. 31).

A decisão judicial vai além das diretrizes apresentadas, não se resumindo a uma simplificação das atividades e sim em fundamentar uma ideologia concreta com base nos fatos e provas, “na pretensa certeza dedutiva da decisão” (TARUFFO, 2015).

Do contrário, ocultaria “sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório” (GOMES FILHO, 2013, p. 99).

O silogismo como método é, em resumo, uma porta aberta para decisões que não expõem sua verdadeira motivação. Aí reside o problema maior de não haver uma sistematização adequada da teoria da decisão judicial, já que o “caminho” percorrido entre lei e fato, entre tese e caso, entre texto e realidade, pode ser mascarado e racionalizado de diversas formas, dando uma falsa aparência de legitimidade democrática a decisões tomadas com base puramente em sentimentos pessoais de quem julga (SCHMITZ, 2015, p. 80).

Dessa forma, a exigência de fundamentação evita qualquer discricionariedade, subjetividade, além de facilitar o controle da decisão pelos jurisdicionados, sem que se esvazie os demais direitos fundamentais e estruturantes do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O dever de fundamentação das decisões judiciais, garantia constitucional e direito fundamental do processo compõe, ao lado de outros princípios, o conteúdo mínimo do devido processo constitucional, necessário para proteger os cidadãos contra o exercício abusivo e arbitrário do poder do Estado.

Por sua vez, as decisões judiciais, enquanto normas jurídicas individualizadas, devem conter todas as razões lógico-jurídicas utilizadas para a construção da verdade possível e da tomada de decisão, de forma que as partes tenham total conhecimento dos motivos decisórios

para o efetivo exercício da ampla defesa, e se permita à comunidade o exercício do controle externo dos atos processuais.

A sua inobservância acarreta nulidade, tal como previsto em norma infraconstitucional, porquanto contraria garantia fundamental. Há, todavia, exceção à regra, como é o caso da decisão de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo, segundo disposto no art. 145, §1º do CPC/15 (BRASIL, 2015).

A dispensa em declarar as razões de foro íntimo para se afastar do exercício da jurisdição em determinado processo judicial tem como fundamento a proteção ao direito de intimidade do magistrado que, contudo, não pode ser motivo para deixar de aplicar princípios estruturantes do Estado de Direito, como o é o devido processo constitucional e corolários.

Em juízo de ponderação dos princípios é possível preservar o direito à intimidade do magistrado, tornando sigilosa a decisão de suspeição por motivos de foro íntimo e restringindo a publicidade externa do ato processual. Contudo, deve estar fundamentada, permitindo que os sujeitos processuais possam exercer o controle interno e o direito à ampla defesa, efetivando o princípio do devido processo constitucional.

Portanto, a fundamentação da decisão de suspeição do juiz por motivo de foro íntimo é imprescindível, reconhecendo-se inconstitucional a dispensa legal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no novo código de processo civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 67, p. 58-77, set a dez de 2015. Disponível em: https://jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FranciscoGlauberPessoaAlves/Fundamentacao_Rev_C EJ_n67_2015.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 35-64, n. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.256.02.PDF. Acesso em: 10 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei 13.105/15, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2015/10/15/dimensao-processual-do-principio-do-devido-processo-constitucional/#_ftnref14. Acesso em: 10 abr. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

- DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- OMMATI, José Emilio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 10, n. 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.09>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- SCHMITZ, Leonad Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. *O dever de fundamentação das decisões no código de processo civil: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, n. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. Art. 489. In: SRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo: Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura em um proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC, Lei 13.105, de 16.03.2015: fundamentados e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 2.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



DO PROCESSO DE
CONHECIMENTO

3.1

OS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA DURANTE A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

MATHEUS MENDES CAMPOS¹

AILANA SILVA MENDES PENIDO²

FABRÍCIO VEIGA COSTA³

RESUMO

O presente trabalho científico tem como escopo o conflito entre direitos fundamentais, no âmbito do Direito Processual Civil, gerados quando a parte assistida pela gratuidade de justiça necessita de produção de prova pericial. Neste cenário, cabe à Fazenda Pública arcar com os honorários periciais, contudo, há um lapso temporal considerável entre a realização da perícia e este pagamento, acarretando a escusa dos peritos. A partir do método hipotético-dedutivo e de uma metodologia de pesquisa qualitativa, analisa-se este conflito de direitos fundamentais, apontando soluções criadas pelo Judiciário. Como marco teórico, tem-se os estudos de Marco Cappelletti.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Meios de prova. Prova pericial. Honorários periciais. Gratuidade de justiça.

ABSTRACT:

This scientific work's scope is the conflict between fundamental rights, within the Civil Procedural Law, generated when those assisted by the gratuity of justice need the production of expert evidence. In this scenario, the

1 Graduado em Direito pela Universidade FUMEC, pós-graduando em Direito Público no Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS. Advogado Licenciado (Estagiário de pós-graduação do Juizado Especial da Fazenda Pública de Belo Horizonte/MG). E-mail: mattheuscampos93@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2823280465898023>.

2 Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Professora na Faculdade FACISA-MG. Advogada. E-mail: ailanapnd@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5289405290543051>.

3 Doutor em Direito – PUC Minas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUC Minas. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduação em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>.

Como citar o presente artigo científico:

CAMPOS, Matheus Mendes; PENIDO, Ailana Silva Mendes; COSTA, Fabrício Veiga. Os conflitos de direitos fundamentais decorrentes da gratuidade de justiça durante a produção de prova pericial no âmbito do processo civil. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 57-70.

Treasury has the obligation to fund the expert's fees, however, there is a considerable time lapse between the performance of the expertise and this payment, resulting in the excuses of the experts. Through the hypothetical-deductive method and a qualitative research methodology, this conflict of fundamental rights is analyzed pointing out solutions created by the Judiciary. As a theoretical framework, we have the studies of Marco Cappelletti.

KEYWORDS: Fundamental rights. Means of evidence. Expert evidence. Expert fees. Gratiuity of justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem a finalidade de analisar o conflito gerado entre os direitos fundamentais dos litigantes e os do perito judicial, quando a produção da prova pericial é requerida pela parte assistida pela gratuidade de justiça, no âmbito do direito processual civil, abarcando, ainda, alguns princípios processuais. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, concomitantemente a uma metodologia de pesquisa qualitativa. Como marco teórico, tem-se os estudos de Marco Cappelletti.

É cediço que os direitos fundamentais, instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), devem ser integralmente cumpridos. No entanto, quando o benefício da gratuidade de justiça é concedido ao litigante que requer a produção da prova pericial, há um óbice ao cumprimento integral do comando oriundo do ordenamento constitucional.

O referido conflito origina-se de escusas dos peritos judiciais em realizar a perícia, em razão do considerável lapso temporal entre a realização do seu ofício e a percepção dos honorários periciais que lhe são devidos pela Fazenda Pública, o que somente ocorre após um processo de execução destes valores, que, por sua vez, somente são certificados após o trânsito em julgado da decisão do processo no qual a perícia foi realizada.

Analisando-se doutrinas, teses e dissertações, juntamente a alguns julgados, busca-se uma solução para que estes conflitos sejam dirimidos, ou mitigados, de forma a evitar violação aos direitos fundamentais tanto das partes litigantes no processo, quando do perito judicial.

Desta forma, traz-se medidas adotadas pelo Judiciário, juntamente a outras hipóteses de solução com a finalidade de dirimir os conflitos de direitos fundamentais, no âmbito do processo civil, tratados neste trabalho.

Assim, pontuar-se-á, ao longo deste estudo, algumas hipóteses para solução do problema mencionado, como o parcelamento dos honorários periciais que devem ser adiantados pela parte, ou, até mesmo, a obrigatoriedade de a Fazenda Pública adiantar parte do montante devido ao perito, sob pena de execução. Desta feita, serão analisadas as causas do conflito de direitos fundamentais inerentes aos litigantes e ao perito judicial, bem como as soluções apresentadas pelo Judiciário para mitigá-lo.

2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no Título II, traz em seu texto os direitos e garantias fundamentais.

O foco deste trabalho são aqueles direitos e garantias pertinentes a análise de eventuais conflitos, em um processo judicial, quando houver a necessidade da produção de prova pericial requerida pela parte assistida pela gratuidade de justiça. Desta feita, dadas as ponderações elencadas, passamos à análise de específicos direitos fundamentais inerentes a este trabalho.

2.1 ACESSO À JUSTIÇA – ART. 5º, XXXV, CRFB/88

O direito de acesso à justiça resta consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XXXV, determinando que: “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]” (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que a Constituição Federal (CRFB/88), em seu art. 5º, XXXV, traz o direito à prestação jurisdicional e não à tutela jurisdicional. Assim, há a garantia fundamental de que a lesão ou ameaça ao direito será analisada pelo Judiciário, não podendo este se recusar a fazê-lo, que é a prestação jurisdicional, diferente da tutela jurisdicional que, por sua vez, significa satisfazer o direito para uma das partes, e não o direito que a parte tem de ter o conflito submetido ao Judiciário (PADILHA, 2018, p. 397).

Desta feita, entende-se que o direito de acesso à justiça é o direito fundamental que toda e qualquer pessoa possui de que qualquer lesão, ou ameaça de lesão, a um direito seu seja analisado pelo Judiciário, não podendo haver lei ou outro empecilho legal que impeça que a parte provoque o Judiciário, sendo a este vedado, inclusive, apontar que a referida análise é de competência de outro órgão que a ele não esteja vinculado. Ao passo que se entende o direito de acesso à jurisdição como o direito que a parte tem de ter resolvido, e não tão somente analisado, o direito que busca, sem que nada assim possa impedir.

Nesse sentido, é importante mencionar sobre a garantia constitucional daquele que não tem recursos financeiros suficientes para demandar ao Judiciário, o que será a seguir abordado.

2.2 ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA (ART. 5º, LXXIV, CRFB/88) E A GRATUIDADE DE JUSTIÇA

O direito fundamental de acesso à justiça vai diretamente de encontro com a limitação econômica do indivíduo que necessita da prestação jurisdicional, ao passo que a referida hipossuficiência importa em óbice à parte de buscar o Judiciário. Assim, resta ao ordenamento jurídico procurar soluções para que a sociedade tenha seus direitos fundamentais atendidos.

Neste sentido, a Constituição Federal (CRFB/88) em seu art. 5º, LXXIV, trouxe o direito da assistência jurídica integral e gratuita: “[...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]” (BRASIL, 1988).

A CRFB/88 alcançou patamar superior a todas as outras Constituições anteriores, no âmbito da assistência jurídica, pois consagrou que o Poder Público tem o dever de fornecer a assistência jurídica integral e gratuita (RAMOS, 2018, p. 25). Dessa forma, a assistência jurídica gratuita é um direito fundamental, o qual é realizado pelo Defensoria Pública, órgão custeado pelo Estado.

Ainda, há outro instrumento utilizado pelo ordenamento jurídico para facilitar o acesso à justiça de todo e qualquer cidadão que não possua recursos suficientes para adimplir as custas processuais, que é o benefício da justiça gratuita, também chamado de gratuidade de justiça.

Sobre o tema, importante mencionar os estudos de Mauro Cappelletti:

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas – e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998)

O direito de gratuidade de justiça é regulamentado pela Lei 1.060/50, que foi parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015, de modo que a regra vigente para concessão deste benefício resta prevista nos artigos 98 e seguintes do CPC, combinados com a Lei 1.060/50 (ABELHA, 2016, p. 262).

O benefício da justiça gratuita importa na isenção das despesas processuais necessárias para o regular trâmite de um processo judicial, ao passo que a assistência jurídica se refere ao direito da parte de lhe ser prestada assistência por profissional do Direito, de modo que esta assistência não demanda a existência de um processo judicial. Por fim, a assistência jurídica abrange estes dois citados conceitos, incluindo todas as medidas do Poder Público que objetivam promover aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2016, p. 24).

Tratando-se mais precisamente da gratuidade de justiça, ou justiça gratuita, tem-se que, conforme apontado, “[...] refere-se à dispensa de pagamento de custas processuais ou extra-processuais aos que se declarem expressamente pobres nos termos da lei.” (RAMOS, 2018, p. 28). Ressalta-se, contudo, que se trata de um benefício de cunho personalíssimo, devendo haver requerimento, e comprovação de cumprimento dos requisitos para concessão, de forma individual por cada uma das partes do processo (NEVES, 2019, p. 300).

O Código de Processo Civil determina a necessidade de que haja insuficiência de recursos, mas não se demanda situação de miserabilidade, de forma que não há na lei imposição de valores, sendo, assim, possível que se conceda o benefício a uma pessoa que tenha boa renda, havendo tão somente a diferenciação no aspecto de comprovação da real necessidade da gratuidade de justiça, existindo hipótese em que se faz necessário que a parte comprove a sua situação de hipossuficiência econômica (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 60-61).

Desta feita, a gratuidade de justiça, regulamentada pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e pela Lei 1.060/50 (BRASIL, 1950), é um instituto processual inerente ao direito fundamental da assistência jurídica integral e gratuita, de forma a garantir a assistência do Poder Público aos hipossuficientes.

O referido benefício se estende inclusive à produção de prova; no caso deste trabalho, abordar-se-á, em especial, a produção de prova pericial do beneficiário da gratuidade de justiça. Dessa forma, adentramos ao cerne central deste estudo.

3 DOS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL

No âmbito do Direito, em seu campo processual, tem-se o termo “prova” aplicado em vários sentidos, podendo ser empregado no sentido de produção dos atos suficientes a formarem o convencimento do juiz, que é o ônus de provar. Pode significar, também, a forma como a alegação feita no processo será comprovada, como um documento ou uma testemunha por exemplo. Bem como também pode significar o meio pelo qual se produz uma prova no processo, que é o caso da prova pericial, prova testemunhal, dentre outros (NEVES, 2019, p. 708).

Não obstante inexistir definição exata na doutrina para o termo prova, o Código de Processo Civil, em seu artigo 369, deixa claro a sua finalidade de se buscar a realidade dos fatos a fim de influir na convicção do juiz (BRASIL, 2015).

Desta feita, na petição inicial e na contestação, o autor e réu, respectivamente, informam as provas que pretendem produzir, seja documental, testemunhal, pericial, de forma que estas serão produzidas na fase processual de instrução probatória (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 407).

Destarte, a prova tem a finalidade de trazer aos autos a reconstrução dos fatos anteriormente ocorridos, possibilitando uma análise mais concreta da questão debatida em face das alegações feitas por ambas as partes, devendo ser observados todos os ditames legais acerca do momento de obtenção e produção da prova.

3.1 ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova, no direito processual, não é um dever, mas sim um direito que a parte tem de provar as suas alegações, sendo uma faculdade que lhe é dada, razão pela qual não se permite que a contraparte exija a produção da prova por aquele sobre quem recai o ônus de provar. No entanto, a parte que não atender o seu ônus probatório deve arcar com as consequências, podendo acarretar uma decisão judicial desfavorável à sua pretensão inicial (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 915).

O art. 373, do CPC (BRASIL, 2015), trata sobre o ônus da prova. No seu inciso I, há determinação impondo ao autor o ônus de provar suas alegações, portanto, os fatos constitutivos de seu direito. No inciso II, impõe ao réu o dever de apresentar provas de fato impeditivo, modificativo, ou extintivo, do direito do autor, de forma que somente arca com consequências negativas de assim não o fazer se o autor cumprir o ônus probatório que lhe é devido (NEVES, 2019, p. 719-720).

Desta forma, caso nenhuma das partes atenda ao seu ônus de provar, instituídos no CPC, no art. 373, I (Autor) e 373, II (Réu), e a decisão do juiz depender da existência de determinada prova, o pedido do autor será julgado improcedente, pois este não provou subsistir o seu alegado direito (NEVES, 2019, p. 720).

Conclui-se, assim, a importância do dever de provar o fato alegado, motivo pelo qual trabalha-se neste artigo a produção de prova como garantia fundamental. Todavia, como já anteriormente tratado, há um embate quando se trata da produção de prova pericial. Seguimos assim o estudo.

4 PROVA PERICIAL

Não se pode demandar que o magistrado tenha total conhecimento de todas as áreas, de modo que far-se-á necessário seja utilizada a prova pericial para auxiliá-lo a dirimir a lide. Nesta linha, Humberto Teodoro Júnior aponta que surge “[...] então, a prova pericial como meio para suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos.” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 1021).

A prova pericial tem o condão de esclarecer fatos que demandem um conhecimento técnico específico, razão pela qual, não possuindo o juiz este conhecimento, deve utilizar-se da prova pericial, a qual é realizada por especialista, o perito (NEVES, 2019, p. 784-785).

Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, e Rafael Alexandria de Oliveira bem complementam ao dizer que a referida espécie de prova “[...] é aquela em que a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial [...]” (2016, p. 265).

Portanto, não podendo exigir que o magistrado detenha pleno conhecimento de todas as áreas, faz-se necessária a utilização da prova pericial, em alguns casos, para elucidação dos fatos pertinentes ao litígio.

4.2 DO PERITO E PROCEDIMENTO

O profissional que realiza a perícia é denominado de perito. Nesse sentido, o art. 149, do Código de Processo Civil, traz o rol de auxiliares da justiça, no qual o perito está incluído (BRASIL, 2015).

Os procedimentos para nomeação do perito estão previstos no art. 156, do CPC, de forma que o perito deve ser profissional legalmente habilitado, ao passo que os órgãos técnicos ou científicos responsáveis pela realização da perícia devem se encontrar inscritos em cadastro mantido pelo Tribunal, sendo que, acaso o perito se encontre em cadastro disponibilizado pelo Tribunal, o especialista a ser nomeado é de livre escolha do magistrado (BRASIL, 2015).

Segundo Didier Jr., Braga; Oliveira, (2016, p. 277), importa ressaltar que “quando o juiz nomeia uma pessoa jurídica ou órgão para o desempenho do múnus, pressupõe-se que confia em todos os integrantes do seu quadro, bem como no critério de escolha do profissional a atuar a ser utilizado pelos seus dirigentes”.

O momento para se requerer a produção desta espécie de prova é comum a todas as outras, devendo assim o ser na petição inicial ou contestação, ao passo que o juiz, no saneamento do processo, definirá as questões de fato as quais serão abarcadas pelas provas, ainda cabendo ao juiz determinar, assim que possível, momento da realização da perícia (ABELHA, 2016, p. 595).

As partes devem arguir impedimento ou suspeição do perito após a sua nomeação pelo juiz, indicar assistente técnico, e apresentar quesitos, mas não há necessariamente uma desvantagem por não atender a estes comandos processuais (NEVES, 2019, p. 791-792).

Após a ciência, o perito deve, em 05 (cinco) dias, “[...] apresentar sua proposta de honorários, indicar seu currículo, a fim de comprovar sua especialização, e indicar seus contatos

profissionais, em especial endereço eletrônico [...] para as intimações.” (NEVES, 2019, p. 792). O art. 477, do CPC, delimita a data de entrega do laudo pericial, de modo que deverá ocorrer em até 20 (vinte) dias antes da data designada para a audiência de instrução e julgamento, sendo as partes intimadas para se manifestarem acerca do referido laudo (NEVES, 2019, p. 795).

Manifestando-se as partes, o perito deve esclarecer eventuais dúvidas ou divergências de qualquer das partes, juiz, ou órgão do Ministério Público, devendo também esclarecer eventual divergência em relação ao parecer do assistente técnico (NEVES, 2017, p. 811).

O art. 477, § 3º, do CPC, possibilita a intimação do perito e assistentes técnicos para comparecerem em audiência, a fim de prestarem esclarecimentos, podendo as partes formularem perguntas para tanto (BRASIL, 2015).

Por fim, o trabalho do perito judicial somente estará finalizado após realizada a produção da prova pericial, e prestados todos os esclarecimentos necessários, sendo, portanto, respondidos todos os quesitos, e, se necessária, realizada a sua inquirição em audiência de instrução e julgamento.

4.2.1 Da Escolha Consensual Do Perito

O art. 471, do Código de Processo Civil (CPC), possibilita que o perito seja escolhido em comum acordo pelas partes litigantes (BRASIL, 2015).

Tem-se uma inovação ao sistema processual brasileiro, posto que anteriormente a escolha do perito a atuar naquele referido processo era feita apenas pelo Magistrado, de forma irrecorrível, de modo que não havia a possibilidade de as partes apontarem um perito para aquele determinado caso, nem mesmo se a indicação fosse oriunda de uma decisão consensual (NEVES, 2019, p. 786-787).

Conforme Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga, e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 296), “a escolha consensual do perito implica a perda do direito de questionar a sua imparcialidade [...] seria conduta contraditória, claro exemplo de *venire contra factum proprium*, comportamento ilícito por força do princípio da boa-fé processual”.

O art. 190, parágrafo único, do CPC, versa sobre o poder que o magistrado tem para controlar a validade da autocomposição realizada pelas partes, de forma que, quando escolhido um perito consensualmente, o juiz deve não apenas respeitar a vontade das partes, mas também verificar a utilidade daquela prova para o processo, devendo os litigantes, então, comprovarem que o perito consensualmente escolhido esteja apto a realizar a perícia em questão, ou seja, devem comprovar a sua qualificação técnica ou científica, caso contrário a perícia ali produzida pode tornar-se inútil (AVELINO, 2016, p. 159).

A principal diferença reside no fato de que a escolha do perito é realizada de forma consensual pelas partes litigantes do processo, sendo que, ao apontar o perito, devem também indicar os assistentes técnicos, seguindo os demais atos do mesmo modo que deveriam fazer acaso o perito fosse escolhido pelo juiz. Assim, “[...] o perito e os assistentes técnicos devem entregar respectivamente seu laudo e seus pareceres em prazo fixado pelo juiz [...]” (DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 296).

Desta feita, o vigente Código de Processo Civil trouxe importante inovação ao permitir que a escolha do perito seja realizada consensualmente pelas partes, permitindo que a lide seja resolvida de forma mais célere.

5 HONORÁRIOS PERICIAIS NO PROCESSO CIVIL

O art. 465, §§ 3º a 5º, do Código de Processo Civil, trata sobre os honorários periciais, conjuntamente com o art. 95, que versa sobre o adiantamento dos honorários, possibilitando que até metade dos honorários periciais sejam pagos antecipadamente, e o restante somente após efetivamente concluído todo o procedimento da produção da prova pericial, sendo que o magistrado ainda pode reduzir o valor devido ao perito em situação onde a perícia por ele realizada for inconclusiva ou deficiente (NEVES, 2019, p. 792).

Em situação de discordância do litigante com a proposta de honorários apresentada pelo perito, é dever do magistrado estipular o seu valor, levando-se em conta o disposto no art. 596 do Código Civil, de modo a satisfazer o interesse de todos os envolvidos (DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 301).

O CPC determina que o pagamento dos honorários periciais fica a encargo da parte que requereu a perícia, contudo, se a perícia for decretada de ofício pelo magistrado, ou se requerida por ambos os litigantes, os honorários periciais serão rateados entre as partes, sendo que haverá um adiantamento de até metade do valor dos honorários, o qual também é devido pela Fazenda Pública quando requerer a produção de prova pericial (AVELINO, 2016, p. 121).

5.1 DO DEVER DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS DO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Conforme já apontado no presente trabalho, é um direito fundamental a assistência jurídica integral e gratuita fornecida pelo Poder Público às partes hipossuficientes, sendo que este direito fundamental abarca a gratuidade de justiça, que contempla, em suma, a isenção de despesas processuais em favor dos economicamente desfavorecidos.

O art. 98, do Código de Processo Civil, dispõe que tem direito à gratuidade de justiça a pessoa física ou jurídica, quer seja brasileira ou estrangeira, conquanto apresente hipossuficiência econômica para arcar com despesas processuais e honorários advocatícios, conjuntamente ao fato de que a gratuidade de justiça, conforme § 1º, inciso VI, do referido artigo, compreende também o custeio dos honorários periciais (BRASIL, 2015).

Neste sentido, o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves bem discorre que “[...] como os honorários periciais tem natureza de despesa processual é indiscutível a isenção do beneficiário da gratuidade de justiça de seu pagamento.” (NEVES, 2019, p. 302).

O art. 95, § 3º, do CPC, trata do adiantamento dos honorários periciais pela parte beneficiária da gratuidade de justiça, assertando que a perícia deve ser realizada, preferencialmente, por servidor do Judiciário ou órgão público conveniado, se houver esta possibilidade, bem

como que os honorários periciais serão custeados com orçamento do competente ente federado (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 44-45).

Ainda, acaso a perícia seja realizada por particular, o perito receberá “[...] o valor fixado em tabela do tribunal respectivo, ou, não havendo, em tabela do Conselho Nacional de Justiça, mediante pagamento efetuado pelo ente público próprio [...]” (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 45).

Todavia, é notória a situação de crise econômica em que o Estado se encontra, a qual gera, diversas vezes, a situação de insolvência do Poder Público.

Acaso o adiantamento dos honorários periciais não seja realizado, ou o seja de forma parcial, o perito poderá, então, executar estes valores, porém, deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão final do processo, de forma que somente poderá exigir o cumprimento do pagamento dos honorários periciais em face ao vencido, após crédito certificado pelo magistrado (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016, p. 45-46).

Contudo, acaso a parte que deverá arcar com os honorários periciais esteja assistida pela gratuidade da justiça, o perito deverá, então, executar o competente ente federado para que obtenha o pagamento dos devidos honorários periciais, entretanto, deve também aguardar o trânsito em julgado do processo em que atuou para iniciar a referida execução.

Opera-se desta forma, pois é com o trânsito em julgado que se define a parte sucumbente naquele determinado processo, definindo-se, então, quem deve arcar com as custas processuais, nas quais incluem-se os honorários periciais. Neste sentido, tem-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n. 1.558.185/RJ: “[...] é adequada a inclusão dos honorários periciais em conta de liquidação quando o dispositivo da sentença com trânsito em julgado condena o vencido, genericamente, ao pagamento de custas processuais [...]” (BRASIL, REsp 1558185/RJ, 2017).

Esta execução, porém, toma um tempo exacerbado, passando-se anos até que o perito possa receber o valor que lhe é devido. O art. 5º, II, da Constituição Federal (CRFB/88), determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer determinado ato, salvo se a lei assim determinar. Porém, não é o que aqui se encontra, posto que, neste cenário, o perito judicial acaba por trabalhar sem perceber a devida remuneração.

Há vários processos em que existe um enorme lapso temporal entre a expedição da referida certidão, atestando o montante devido pelo perito, e a decisão do processo de execução determinando o pagamento deste valor. A título de exemplo, tem-se o processo de número 9058188-93.2015.813.0024⁴, que tramita no Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Belo Horizonte/MG.

No exemplo em questão, o exequente atuou como perito judicial no processo de autos nº 261.12.012219-5 em 2014. Após o trânsito em julgado daqueles autos, a parte que requereu a produção da prova pericial, e que estava assistida pela gratuidade de justiça, figurou como vencida, o que importa na obrigação de custear os honorários periciais passar a ser do Estado.

Expedida a certidão pelo magistrado, certificando o crédito devido ao perito judicial, iniciou-se, em 20/08/2015, o processo de execução dos honorários periciais dos autos em epí-

4 O acesso aos autos de n. 9058188-93.2015.813.0024, se dá por meio da Consulta Pública do Sistema Projudi, através do link de acesso <https://projudi.tjmg.jus.br/projudi/consultapublica/CentroConsultaPublica>

grafe. Até o presente momento, qual seja, abril de 2020, aproximadamente 06 (seis) anos após o ofício realizado pelo perito, o mesmo ainda não fora remunerado pelo seu trabalho.

Este é um exemplo claro, e extremamente comum, que ocorre quando a parte sucumbente é assistida pela gratuidade de justiça. A consequência é não haver o devido pagamento, por vários anos, da perícia realizada, o que motiva a recusa de diversos peritos, e acaba acarretando uma morosidade do processo judicial, em flagrante conflito aos direitos fundamentais.

Assim, surge o principal problema abordado por este trabalho, qual seja o conflito de direitos fundamentais, no âmbito do Direito Processual Civil, inerentes à parte beneficiária da gratuidade de justiça que requer a produção de prova pericial, em face aos direitos fundamentais do perito judicial.

Desta feita, passemos, então, à análise das razões para escusa da realização da perícia pelo perito judicial.

5.2 DA ESCUSA DO PERITO E HIPÓTESES DE SOLUÇÃO

Há a possibilidade de “o perito [...] escusar-se a atuar na causa, alegando motivos justos e legítimos, dentre eles seu impedimento ou suspeição (art. 148, II, 157, e 467, CPC)” (DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 279).

O art. 157, § 1º, do Código de Processo Civil, determina o prazo de 15 (quinze) dias para que o perito se manifeste, a contar da intimação, ou do impedimento e suspeição que vierem a existir no decorrer do processo, de modo que, assim não o fazendo, importa em renúncia tácita no direito de se escusar do encargo (BRASIL, 2015).

Reputa-se indevida a renúncia tácita ao direito de escusa do perito. Entende-se que cabe ao juiz agir ponderadamente, devendo aceitar uma recusa tardia para evitar a possibilidade da produção da prova de forma parcial, ou aceitar a prova pericial produzida, contudo, devendo valorá-la com cautela (DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 280).

Ainda, “[...] as razões de impedimento e suspeição estão listadas nos arts. 144 e 145 do CPC/15 [...], diferente é a hipótese de motivo legítimo que justifica a escusa. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, devendo ser concretizado caso a caso.” (AVELINO, 2016, p. 184).

O art. 14, da Lei n. 1.060/50 (BRASIL, 1950), dá ao perito a possibilidade de se escusar do ofício, acaso exista justo motivo previsto em lei, ou, assim não existindo, de acordo com entendimento da autoridade judiciária. Não tendo o CPC (BRASIL, 2015), ou qualquer outra lei, apondo situação que configura justo motivo para a escusa, resta a encargo do juiz assim decidir. Contudo, ainda que isto permita diversas situações onde se entenda a razão da escusa como motivo legítimo, possibilita a omissão do real motivo para o perito se eximir do múnus.

Uma situação, a título de exemplo, onde o *expert* não tem interesse na realização de determina perícia, pois o requerente é beneficiário da gratuidade de justiça, o que importa em grande demora à percepção dos honorários periciais, permite que o perito se escuse sob a justificativa de que está sobrecarregado com outros trabalhos.

Ainda que o magistrado decida que o perito faça provas de estar sobrecarregado, não pode determinar qual a quantidade de perícias simultaneamente são consideradas em número excessivo, pois não é capaz de atestar a proficiência técnica necessária para cumprir todas

aquelas determinadas perícias, não podendo assentar, portanto, a capacidade laborativa do perito.

Em outro viés, se o perito se escusar sob a alegação de que a parte que requereu a perícia está assistida pela gratuidade de justiça e somente receberia os honorários após o trânsito em julgado daqueles autos e um processo de execução, pode o magistrado assim entender legítimo o motivo da escusa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possui entendimento consolidado no sentido de que é motivo legítimo a escusa do perito fundada em não concordância com recebimento dos honorários somente ao final do processo, em razão da gratuidade de justiça ora concedida à parte que requereu a produção da prova pericial, conforme decisão do REsp n. 1.398.725/PR (BRASIL, 2015).

Este cenário, no entanto, causa morosidade ao processo, violando os direitos fundamentais da parte que requereu a perícia, como o acesso à justiça, por exemplo. Contudo, não se pode obrigar que o perito trabalhe sem remuneração, ante o seu direito fundamental ao livre exercício da profissão, e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No entanto, o Judiciário tenta solucionar este conflito. Ainda que não exista uma solução integral, há uma redução de danos.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento, em sede de Recurso Especial repetitivo, no Resp nº 1253844 / SC (Tema 510), que nos casos de Ação Civil Pública é devido o adiantamento de honorários pela Fazenda Pública (BRASIL, REsp 1253844/SC, 2013).

O art. 95, § 4º, do CPC, determina a intimação da Fazenda Pública, após o trânsito em julgado, para promover a execução do responsável pelo pagamento integral do referido valor. Esta só é possível, no entanto, acaso o sucumbente não seja assistido pela gratuidade de justiça, caso contrário, o ônus é da própria Fazenda Pública (NEVES, 2019, p. 303).

Sugere-se, então, outra possível solução do problema enfrentado. A Súmula n. 232 do STJ (JUSTIÇA, 2011, p. 265) determina ser exigível à Fazenda Pública o adiantamento dos honorários periciais, caso seja parte no processo. Desta forma, entende-se possível a ampliação da referida súmula, de forma a exigir o adiantamento dos honorários periciais pela Fazenda Pública, ainda que não seja parte no processo, em situação onde o responsável pelo referido adiantamento seja assistido pela gratuidade de justiça.

Ainda que ao final do processo seja necessária a execução do competente ente federado pelo perito, para perceber o montante que lhe é devido, com o adiantamento realizado pelo Poder Público o profissional já terá percebido metade do valor, afastando a possibilidade de executar o ofício sem perceber qualquer verba. Contudo, se ao trânsito em julgado da demanda o sucumbente não for beneficiário da gratuidade de justiça, cabe à Fazenda Pública executá-lo para reaver o valor pago quando do adiantamento dos honorários periciais.

Neste cenário, para eficácia da sugerida solução, seria necessário exigir o adiantamento dos honorários periciais pela Fazenda Pública, sob pena de execução. Assim, ainda que a necessária a execução pelo perito gere uma demora em receber o valor devido, entende ser este um tempo consideravelmente menor do que o atualmente enfrentado, facilitando a aceitação do múnus.

Ainda que o país se encontre em situação de crise econômica, é indiscutível que a Administração Pública possui poderio econômico muito superior ao do perito judicial, o que lhe possibilita arcar com o referido adiantamento, mas não se vislumbra ser razoável exigir do perito que exerça seu ofício sem remuneração.

Extrai-se do CPC, em seu art. 98, § 5º, outra hipótese de solução ao problema em comento, de forma que é possível a concessão da gratuidade de justiça de forma parcial, podendo ser destinado a apenas alguns atos, ou haver uma na redução do custo, sendo possível ainda, nos termos do art. 98, § 6º, do CPC, o parcelamento das despesas processuais (BRASIL, 2015).

Nesta seara, conceder à parte o direito de parcelar o pagamento dos honorários periciais implicaria em respeitar a sua condição econômica. Contudo, entende ser necessária a anuência expressa do perito, bem como a comprovação do valor que pode arcar mensalmente em razão do referido parcelamento, de modo a comprovar sua renda atual e seus gastos.

Noutro giro, inexistindo possibilidade do parcelamento, bem como em situação que inexistia resposta do perito, ou este manifeste-se em sentido contrário, o parcelamento não deverá ser concedido.

Embora subsistir uma demora considerável no recebimento do valor integral dos honorários periciais nesta situação, entende ser meio mais célere, para que o perito perceba sua devida remuneração, em comparação ao procedimento que se encontra em voga.

Por fim, o cerne do conflito encontra-se nos efeitos causados pela escusa do perito, em razão da demora substancial para receber os honorários periciais que lhe são devidos, confrontando-se com os direitos fundamentais do litigante assistido pela gratuidade de justiça, devendo, ainda, serem observados os direitos fundamentais do perito.

Portanto, surge o conflito entre os direitos fundamentais da parte, a qual é devido o acesso à justiça, assistência judicial integral e gratuita, celeridade processual, contraditório e ampla defesa, dentre outros, em relação aos direitos fundamentais inerentes ao perito judicial, ao passo que lhe é dado o livre exercício da profissão, devendo, ainda, ser respeitada a dignidade da pessoa humana.

Este trabalho apresenta duas hipóteses de solução do conflito, sendo a aplicação de forma mais abrangente da Súmula n. 232, do STJ (JUSTIÇA, 2011, p. 265), de modo a exigir o adiantamento dos honorários periciais pela Fazenda Pública quando a realização da perícia for requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça, e a outra hipótese encontra-se na possibilidade de se conceder o parcelamento dos honorários periciais pela parte, desde que haja expressa anuência do perito.

6 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) traz diversos direitos fundamentais, sendo que alguns deles têm uma maior aplicação no âmbito do Direito Processual Civil, escopo desse trabalho.

Alguns princípios processuais decorrem destes direitos fundamentais, de forma a, inclusive, dar maior efetividade ao seu cumprimento, como a gratuidade de justiça que traz a isenção de despesas processuais aos economicamente hipossuficientes.

Partindo deste pressuposto, tem-se que todos os direitos fundamentais devem ser respeitados a fim de se ter um processo justo e digno para todas as partes envolvidas. Razão esta, pela qual, a parte tem direito de provar as suas alegações por todos os meios de prova admitidos em direito.

Assim, quanto à prova pericial, tem-se que é um direito do litigante a sua produção, contudo, neste cenário, exige-se o pagamento de honorários ao perito, que é de onde surgem conflitos entre os direitos fundamentais dos litigantes e do perito judicial quando a parte que requer a produção da perícia está assistida pela gratuidade de justiça.

Neste cenário de assistência jurídica gratuita pelo Poder Público, o perito judicial recebe uma certidão atestando o crédito que lhe é devido pela Fazenda Pública, mas somente após o trânsito em julgado da decisão, sendo necessária uma ação de execução para que possa receber a remuneração do trabalho prestado.

Entretanto, há uma enorme morosidade em todo este procedimento, razão pela qual muitos peritos recusam realizar determinadas perícias quando a parte se encontra assistida pela gratuidade de justiça. Em razão de inexistir qualquer limitação no Código de Processo Civil ou legislação vigente, reputar-se-á válida esta escusa, havendo entendimento consagrado do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

Para tanto, algumas soluções foram criadas pelo Judiciário, como é o caso da possibilidade de adiantamento de honorários periciais pela Fazenda Pública na Ação Civil Pública. Todavia, ainda existem empecilhos, de forma que o problema foi mitigado, mas ainda persiste em grande escala.

Este trabalho, por sua vez, apresenta hipóteses de solução ao conflito aqui tratado, advindas da jurisprudência e do próprio Código de Processo Civil, de forma a evitar que os direitos fundamentais das partes sejam feridos, e, concomitantemente, respeitar os direitos fundamentais inerentes ao perito, possibilitando também a sua devida remuneração.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AVELINO, Murilo Teixeira. *O controle judicial da prova técnica e científica*. 2016. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/23536>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 1.060, de 5 de fev. de 1950. *Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial REsp 1253844/SC*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 17 de out. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101080645&dt_publicacao=17/10/2013. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial REsp 1398725/PR*. Relator: Min. Marco Buzzi, 03 de mar. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201302717803&dt_publicacao=03/03/2015. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial REsp 1558185/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 16 de fev. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502506460&dt_publicacao=16/02/2017. Acesso em: 16 abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução, Ellen Northfleet. Porto Alegre, 1998. Disponível em: https://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A?auto=download. Acesso em: 24 de abr, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. *Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. *Revista de súmulas do superior tribunal de justiça*. v. 17. ano 5. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

RAMOS, Hellen Cristina do Lago Ramos. *A Defensoria Pública e a concretização do direito fundamental à assistência jurídica: uma análise sob a perspectiva do mínimo existencial*. 2017. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20837>. Acesso em: 12 abr. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

3.2

CONTROLE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE E VALORIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL

KARINE SOUZA DA SILVA¹
CAMILA SOARES GONÇALVES²
ROGÉRIO BORBA DA SILVA³

RESUMO:

O presente artigo objetiva analisar a racionalidade da valorização da prova pericial feita pelo juízo, para demonstrar que não se tem prezado pela segurança jurídica e aplicação do devido processo constitucional. Far-se-á uma análise das definições básicas do direito probatório e das polêmicas de valoração. Pretende-se demonstrar a ausência de rigor terminológico conceitual nos laudos periciais e o controle jurisdicional sobre o perito, para comprovar a importância do laudo pericial racional, tornando possível uma tutela jurisdicional efetiva e de acordo com parâmetros constitucionais. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo e marco teórico obras de Fredie Didier.

PALAVRAS-CHAVE: Convencimento Judicial. Valoração da prova. Fundamentação.

- 1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Advogada. E-mail: karinee.sds@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0770764330527249>.
- 2 Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC Minas. Pós-graduada em Advocacia Cível pela Dom Hélder Câmara. Graduada em Direito pela Rede Doctum, campus João Monlevade. Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, Instituto Elpídio Donizetti (Portal IED) e Faculdade Minas Gerais (FAMIG). E-mail: camilasoaresg@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1247516173425206>.
- 3 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Veiga de Almeida-RJ desde abril de 2019. É Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Fluminense. É Coordenador do projeto de pesquisa "Licenciamento Ambiental Municipal: Implementação e Aperfeiçoamento pós LC 140\2011". Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil ? Seção do Rio de Janeiro (2010-2012). É Diretor Administrativo e de Benefícios do Fundo de Previdência Multipatrocinado da Ordem dos Advogados do Brasil ? Seção do Rio de Janeiro. Foi Assessor Jurídico Chefe da Fundação Superintendência Estadual de Rio e Lagoas do Estado do Rio de Janeiro (2007-2008), auxiliando na implementação do Instituto Estadual do Ambiente no Rio de Janeiro. Tem experiência de pesquisa em Direito Ambiental, Direito Educacional e Sociologia Ambiental. É autor de livros e diversos artigos na área jurídica. Membro da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, da Fundação Internacional de Sustentabilidade Ambiental e Territorial e do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado e Parecerista. E-mail: rogeriorborba@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8611177542263906>.

Como citar o presente artigo científico:

SILVA, Karine Souza da; GONÇALVES, Camila Soares; SILVA, Rogério Borba da. Controle judicial no processo civil brasileiro: uma análise da racionalidade e valorização da prova pericial. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 71-86.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the rationality of the valuation of expert evidence made by the court, to demonstrate that it has not been valued for legal security and application of constitutional process. The basic definitions of the probatory law and of the controversy of valuation will be analyzed, intending to demonstrate the absence of conceptual terminological rigor in reports and the judicial control over the expert, proving the importance of the rational expert report, making possible effective judicial protection and the constitutional parameters. Bibliographic research will be used, by the deductive method and theoretical framework, works by Fredie Didier.

KEYWORDS: *Judicial convention. Valuation of the test. Reasoning.*

1 INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da prova pericial no ordenamento jurídico brasileiro possui uma estrutura composta de princípios constitucionais, cujo objetivo é limitar os atos do judiciário para evitar que o juiz exerça um poder discricionário nas decisões. Afinal, proporcionar ao magistrado tamanha liberdade poderia ocasionar, no mínimo, um retrocesso do sistema, no qual o comando da prova passaria a decorrer unicamente da confiança, experiência e poder do juiz para dizer se a produção é oportuna e convincente. Fato é que, o atual Estado Democrático de Direito preza pela segurança jurídica e pela aplicação do devido processo constitucional. E, na ausência de observação dos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, considera-se que um ato é dotado de vícios, podendo ser reputado nulo ou anulável.

Dessa forma, o presente artigo faz uma análise quanto às definições básicas do direito probatório e os meios de prova mais utilizados no Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2015), tratando das polêmicas que permeiam os institutos, no que tange à valoração e valorização feita pelo julgador. Este ponto demonstra que existem falhas nos meios de prova, mas o maior problema persiste na atuação do magistrado diante os critérios utilizados para proferir uma decisão.

Quanto à valorização da prova é necessário diferenciar o conceito de valoração e valorização, fins de debater sobre eventuais falhas cometidas pelo perito de confiança do juiz, bem como sobre possível atitude relapsa do magistrado quando, na decisão judicial, apenas ratifica as palavras do perito. Observa-se, portanto, na maioria dos casos que envolvem perícia judicial, que há a prevalência das considerações feitas pelo perito, pouco importando a avaliação do conjunto dos fatos.

Demonstrar-se-á que a prova pericial possui diversas problemáticas no que tange à sua valorização realizada pelo magistrado. Além disso, serão enfatizadas as falhas presentes neste sistema, por meio de uma crítica em relação à atuação livre, autoritária e decisiva que os peritos atualmente têm no âmbito do Poder Judiciário. Observa-se que o juiz tem se tornado um ratificador de laudos confiáveis a cada dia que passa, sempre deixando o perito julgar em seu lugar.

Assim, serão abordados os limites da atuação do juiz e do perito, bem como seus respectivos deveres quanto à fundamentação de seus atos. Além disso, demonstrar-se-á, por meio deste debate que princípios e normas constitucionais podem estar sendo afrontados, fazendo com que a parte hipossuficiente do processo tenha seu direito lesado pelo próprio Estado-Juiz.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PROVA PERICIAL NO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2015) é estruturado de forma principiológica, conforme os institutos previstos na Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), tendo como princípios basilares o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Tais princípios asseguram aos jurisdicionados o acesso a um sistema judicial legítimo e válido, que após seguir todo o viés democrático de direito, proporcionará um resultado definitivo ao litígio.

O artigo 1^a da Constituição Brasileira estabelece que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e, o artigo 5^a, em seus incisos LV e LVI, completa que “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL,1988).

Além disso, o artigo 5^o, LIV, da CR/88 diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL,1988), ou seja, uma jurisdição sem processo é inconstitucional. Logo, considerando que a prova é um instituto jurídico, torna-se imprescindível realizar esta compreensão procedimental democrática.

Dessa forma, o meio lícito de obtenção da prova em um Estado Democrático deve observar o devido processo constitucional, o qual impõe a participação efetiva das partes no procedimento probatório, objetivando a construção do provimento final dado pelo juiz. E, nessa estrutura democrática, o princípio da isonomia assegura um tratamento paritário entre as partes.

Assim, a partir dessas premissas conclui-se que a sociedade é quem cria sua própria igualdade por meio dos princípios constitucionais basilares.

2.1 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Desde 1988, quando foi promulgada a Constituição Brasileira, o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito, destinado a garantir aos indivíduos o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança e bem-estar, bem como o desenvolvimento, igualdade e justiça (BRASIL,1988).

Com isso, todos os poderes e órgãos estatais estão adstritos à Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), devendo sempre observar e prestigiar o texto constitucional. Além disso, o próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1^o, reforçou a necessidade e dever de obedecer aos limites constitucionais, justamente para prevenir que não ocorra uma avalanche de retrocessos: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

Afinal, no sistema *common law*, a lei de amparo do “devido processo” é a lei moral dos juízes ou da razão natural advinda de suas experiências, e não a lei como instrumento das bases processuais de produção de Direito Democrático (LEAL, 2005), como no Brasil. Ou seja, na

ausência destas imposições e limites, o sistema brasileiro poderá se igualar facilmente a uma estrutura de livre arbítrio e discricionariedade do poder judiciário.

Partido desse pressuposto pode-se afirmar que o devido processo constitucional é reconhecido como fonte jurisdicional da Justiça, assim como direito e garantia das partes. Portanto, atos praticados pelos órgãos judiciários estão vinculados aos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, isonomia de partes, tal como o dever fundamentação do juiz (CARVALHO, 2017, p. 17). Sendo o juiz um funcionário da sociedade, a ela deve prestar esclarecimento por meio de decisões transparentes (LEAL, 2005, p. 68).

Nesse sentido, a subordinação da lei à força normativa dos direitos fundamentais ocasionou critérios de mudanças quanto aos conceitos de Direito e jurisdição. Afinal, o órgão jurisdicional deverá sempre interpretar e controlar a veracidade da lei com base nestes direitos, não podendo simplesmente aplicar a norma geral (MARINONI; ARENHART; MITIERO, 2019, p. 78).

Ficando totalmente amparado pelo devido processo constitucional, previsto no art. 5º, LVI (BRASIL, 1988), o qual garante aos litigantes que provoque o judiciário para que lhe seja dada uma tutela jurisdicional definitiva (sentença), por meio de uma autoridade que seja imparcial e isonômica, e que obedeça a todas as garantias processuais exigidas pelo ordenamento jurídico (SEIXAS; SOUZA, 2014).

Dessa forma, a partir do primeiro momento que o Estado-Juiz for provocado, deverá assegurar que os litigantes tenham: igualdade de partes; respeito ao direito de defesa; contraditório; julgamento rápido e público; proibição da prova ilícita; gratuidade ou desembaraçado acesso à justiça; um juiz natural e imparcial; o duplo grau de jurisdição; ampla defesa (SEIXAS; SOUZA, 2014, p. 449)

Sob essa perspectiva, como muito bem fundamentado pelo professor Rosemiro (2005), em um Estado de Direito Democrático, é o povo que garante suas conquistas por meio do devido processo constitucional. Nesse caso, por ser considerado uma garantia constitucional, o devido processo rompe com a ideia de direito subjetivo, exatamente pela confiança recíproca que o Estado-Juiz é o depositário público da confiança social para solucionar os litígios e garantir uma utópica paz social (LEAL, 2005, p. 68).

Assim sendo, é indispensável aplicar o princípio do devido processo constitucional, com uma interpretação lógica e coerente dos direitos, deveres e limitações previstos na Constituição Brasileira (BRASIL, 1988).

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório está previsto na redação do art. 5ª, LV, CR, segundo o qual: “[...] são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Ou seja, a finalidade é a de assegurar o direito de igualdade entre as partes, bem como o direito de conhecimento e ação sobre o fato, além de proporcionar a liberdade jurídica em poder contradizer as alegações (CARVALHO, 2017, p. 26).

No mesmo sentido encontra-se o princípio da ampla defesa, que é uma extensão do contraditório, pois, se de um lado o contraditório assegura o conhecimento e defesa dos fatos alegados, do outro, a ampla defesa garante o direito das partes produzirem, dentro dos limites

temporais, suas alegações e instrumentos probatórios. (CARVALHO, 2017, p. 26). Pode-se assegurar que a ampla defesa é um fundamento inevitável do contraditório:

O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado: as partes têm o direito de confira que o resultado do processo será alcançado mediante material previamente conhecido e debatido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 183).

Assim, é possível compreender os motivos que levaram o legislador a se preocupar em deixar expressa a necessidade de conhecimento e manifestação das partes sobre os atos, bem como o dever de o juiz fundamentar e publicizar os atos, conforme artigos 9^a "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida" (BRASIL, 2015) e 10 "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (BRASIL, 2015). Afinal, tratam-se de requisitos advindos de norma constitucional, motivo pelo qual devem ser respeitados (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 181).

Dessa forma, a garantia de plenitude da defesa em tempo e modo razoável para sustentar, não pode ser atingida e sacrificada pelo pretexto de garantir a celeridade processual ou efetividade do processo, pois este é o momento oportuno que as partes possuem de poderem esgotar suas manifestações de direito e produção de prova (LEAL, 2015, p. 112).

Por fim, com as modificações feitas pelo legislativo no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) e 2015 (BRASIL, 2015), passou-se a compreender que tanto as partes quanto o juiz têm o dever de observar e se submeter às máximas dos princípios do contraditório e ampla defesa.

A prova se compõe do direito à adequada oportunidade de requerer e produzir provas, e manifestar-se sobre o instrumento produzido, com o direito ao exame, feito pelo órgão julgador (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015 p. 41). Dessa forma, o respeito à aplicação do contraditório na fase probatória é requisito fundamental para evitar o reconhecimento de nulidade processual.

Portanto, por meio deste princípio é garantido que os litigantes possam contribuir e participar do processo, valendo-se de todos os meios de provas necessários à efetivação da decisão que, obrigatoriamente, deve ser analisada e valorada pelo juiz. Sendo assim, é correto dizer que, a inobservância ou cerceamento do contraditório afronta a segurança jurídica que permeia todo processo judicial.

Rosemiro Pereira Leal conclui dizendo que, ausente o direito ao contraditório, o processo perderia sua base democrático-jurídico-proposicional, e se tornaria um procedimento inquisitório, no qual a liberdade das partes estaria sob o arbítrio do julgador (LEAL, 2018). Ou seja, o Brasil estaria deixando o sistema *civil law*, segundo o qual a conduta somente possui validade, eficácia e legitimidade advinda de Lei, para adotar o sistema *common law*, o qual é livre de garantias constitucionais e com prevalência da lei moral dos juízes.

2.3 TEMPO DO PROCESSO: celeridade processual e duração razoável do processo

O acesso à justiça refere-se a um direito fundamental que norteia os demais princípios do ordenamento jurídico e as garantias constitucionais. Com a evolução social esse acesso se tornou muito mais do que apenas permitir que o indivíduo ingresse no judiciário. Afinal, de nada adiantaria o acesso à Justiça, sem proporcionar ao cidadão condições necessárias mínimas para se obter uma sentença justa, eficaz e imparcial (SILVA; SPENGLER, 2014).

Entretanto, o acesso à justiça ainda possui muitos obstáculos para se tornar um direito efetivo, dentre os quais destaca-se a morosidade dos processos, bem como a sobrecarga de demandas judiciais em todos os órgãos judiciais. Todavia, isso não afasta a responsabilidade que o Estado-Juiz possui para cumprir com sua função social, bem como assegurar ao cidadão uma resposta efetiva, dentro de um lapso de tempo razoável (SILVA; SPENGLER, 2014). Em outras palavras, de nada vale uma resposta efetiva, mas inútil.

Assim, o que seria considerado tempo no processo judicial? Entende-se que o processo é um ato contínuo, com começo e fim, em tempo único, obedecendo e garantindo os limites impostos pelo princípio da coisa julgada (SILVA; SPENGLER, 2014). Portanto, primeiramente, é necessário realizar uma análise da matéria litigiosa, bem como o procedimento a ser aplicado, para, então, estipular uma previsão de duração razoável daquela demanda.

Insta salientar que a visão de tempo para o jurisdicionado é bem diferente da perspectiva do Judiciário, tendo em vista que a parte interessada no processo sempre terá pressa em solucionar aquele direito tutelado.

Assim, o princípio da celeridade processual foi estabelecido com a Emenda Constitucional nº 45 (EC/45), a fim de reduzir a morosidade do Judiciário, bem como garantir que as demandas judiciais durem um tempo razoável, trazendo um resultado efetivo e tempestivo.

Porém, o magistrado deve ter muita responsabilidade e destreza ao executar o “descongestionamento da máquina judiciária”, justamente para evitar qualquer possibilidade de proferir decisões equivocadas que ocasionem danos irreparáveis à parte que teve seu direito lesado. Além disso, o juiz não pode se valer dos princípios da celeridade e economia processual para, de alguma maneira, ferir as garantias constitucionais, tais como: ampla defesa, contraditório e, devido processo legal.

Por fim, percebe-se que, para o processo, o tempo é o pior dos inimigos, fazendo com que o dilema entre segurança jurídica e celeridade processual persista e ocasione inúmeros debates. Mas, é fato que nenhuma dessas acepções podem servir de justificativa para uma decisão proferida sem a análise de todo o conteúdo probatório, pois é totalmente inaceitável a ideia de desídia vinda do Judiciário (STRENGER, 2014). Por isso não adianta um serviço público jurisdicional “célere” que, além de poder lesar a garantia de um direito, pode acarretar insatisfação e frustração irreparáveis.

3. PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na atualidade é muito comum se deparar com uma sociedade desinformada que acredita que o Estado-Juiz agirá com presteza quando seu direito material for ofendido.

Infelizmente, a realidade do sistema jurisdicional brasileiro está bem distante deste mundo perfeito e, nas palavras do filósofo Platão, é possível exemplificar por que o cidadão possui essa visão utópica de justiça: “Os homens que estão no interior da caverna pensam que o vêem é a realidade. Mas não é, eles vêem apenas suas próprias sombras. Pensam assim porque não conhecem outro mundo” (*sic* PLATÃO apud MACIEL, 2017).

Comparando-se essa filosofia com o mundo atual, percebe-se que a sociedade vive em um comodismo, tendo em vista que recebe e aceita todo tipo de informação que lhe é oferecida com facilidade, especialmente aquelas advindas dos veículos de comunicação popular. Com isso, a sociedade passa ter uma visão utópica de tudo, inclusive da realidade do Judiciário brasileiro. E o cidadão, assim como os prisioneiros do mito da caverna, só consegue enxergar a realidade dos fatos quando é forçado a sair da zona de conforto que se encontra, ou seja, quando ocorre lesão ao direito material, sendo necessário que ele recorra ao Judiciário para se defender. E é aqui que reside o problema: quando esse cidadão recorre ao Judiciário para sanar o problema, se depara com uma Justiça diferente daquilo que sempre lhes foi falado, e que na realidade seu direito pode não ser garantido e/ou efetivado.

Feita essa crítica, é importante esclarecer algumas premissas básicas sobre o que seria o Direito. Miguel Reale (2014), em sua obra intitulada “Lições preliminares de direito” classifica o Direito como: “um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais”, ou seja, uma sociedade regida por normas que são objeto de interpretação. Nessa esteira é possível afirmar que, no Estado Democrático, o Direito é garantido e não precisa ser provado (REALE, 2002, p. 5).

Por outro lado, a invocação deste direito pela via jurisdicional pressupõe a existência de um fato controvertido, o qual deverá ser provado por meio de manifestação e meios probatórios idôneos (fato probando).

Para Didier Jr, Sarno e Oliveira (2015), uma decisão judicial deve ser baseada em fatos suscitados no processo (o que não está nos autos não está no mundo, devendo ser proferida sob o crivo do contraditório), a fim de que seja proferido um resultado prático e favorável a quem tenha razão. Afinal, é inadmissível permitir que um julgamento seja feito sem uma fiel demonstração do mundo dos fatos, sob pena de caracterizar autoritarismo judicial (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 38; AFONSO, 2017).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, sabiamente afirmam que não existem dúvidas quanto à questão de a prova estar ligada ao debate em torno dos fatos e que, para proporcionar uma efetiva solução do conflito, todas as provas produzidas nos autos deverão ser analisadas e valorizadas cautelosamente pelo magistrado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 273).

O grande problema é que ainda não existe nenhum meio cientificamente comprovado para repetir os fatos exatamente como se deram, sendo este método humanamente impossível: “a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos

das pessoas que o assistiram, ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência correta” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 252-253).

Assim, toda reconstrução sobre a verdade dos fatos é distorcida, pois a prova, de alguma forma, acaba sofrendo alterações inconscientes feitas por meio de impressões subjetivas sobre os fatos, sendo este ato totalmente natural do ser humano.

Porém, ainda que não exista um meio jurídico de reconstrução dos fatos efetivamente seguro, o instrumento probatório continua sendo o ato que traz mais legitimidade e credibilidade para a decisão do magistrado, ficando evidente que sua função vai além de demonstrar fatos, mas também promover afirmações destes, e servir de fundamento racional ao julgamento.

O CPC/15, em seu artigo 369, conceitua que a prova é todo meio legal, moralmente legítimo, mesmo que não elencado expressamente em seu texto, desde que admitido pelo ordenamento jurídico (BRASIL, 2015). Assim, para se assegurar o emprego de todos meios de prova é imprescindível à corroboração dos fatos, mas sempre observando as ressalvas de cada meio, pois não se trata de direito fundamental absoluto (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 41).

Afinal, uma vez requerida a prova, o órgão jurisdicional tem o dever de realizar o juízo de admissibilidade, analisar os critérios de cabimento, bem como a conveniência e relevância que determinado meio de prova terá no processo para solucionar o litígio, o que demonstra que o julgador não é livre para inadmitir uma prova requerida quando essa for útil.

Além dessa previsão, a Constituição Federal também se preocupou com o instituto da prova e, em seu artigo 5º, inciso LVI (BRASIL, 1988), restringiu e classificou como inadmissíveis no processo, provas obtidas por meios ilícitos, afinal, a prova tem como finalidade se aproximar ao máximo da verdade dos fatos, e nenhuma decisão poderá ser considerada válida se estiver baseada em uma reconstrução falsa ou duvidosa (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 49).

Data maxima venia, se até a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) preocupou-se com os meios de prova em geral, se torna inegável a influência que este instituto possui sobre o resultado final da demanda judicial, ou seja, “Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 38). Por este motivo deve-se respeitar o direito fundamental de requerer provas, bem como de produzi-las e manifestar-se sobre elas com a garantia do devido exame realizado pelo órgão julgador, pois não há que se falar em prova melhor ou pior quando necessária (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 41).

Nessa linha, entende-se o motivo pelo qual todas as referências de “livre convencimento motivado” foram exauridas do texto do Código (BRASIL, 2015), uma vez que a participação efetiva do jurisdicionado na decisão judicial tornou-se mais que um direito, mas sim um dever de colaboração em busca da verdade.

O CPC de 1973 previa que o juiz poderia apreciar de forma livre as provas que eram produzidas nos autos (BRASIL, 1973).

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma norma geral que regule a valorização da prova, permitindo que o julgador atribua a determinada prova o valor que julga merecer, de acordo com as circunstâncias apresentadas, ou seja, o resultado dependerá tanto das provas produzidas, quanto das impressões e experiências que o julgador tenha vivido, sendo fundamentada com base na legislação vigente.

Fato é que, o convencimento que motivou o magistrado para negar ou atribuir valor a uma prova não pode ter relação com convicções íntimas e deve ser devidamente fundamentado, pois, em regra, o Brasil não adota o sistema de “prova legal”, no qual, atribui ao julgador apenas a tarefa de reconhecer a prova e atribuir-lhe um valor.

Até o advento do CPC/15, o termo “livre convencimento motivado” era comumente interpretado de uma maneira equivocada, proporcionando a ideia de que o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.

Não é mais correta, então, a referência ao “livre convencimento motivado”, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões judiciais (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103).

Contudo, não é qualquer “convencimento motivado” que atenderá aos comandos do art. 371 do CPC/15 (BRASIL, 2015), a motivação deverá ser racional e o juiz não poderá produzir uma fundamentação superficial, meramente retórica e vazia, afinal, o resultado de uma demanda não é um jogo de adivinhações. Assim, o magistrado tem o dever de proferir uma decisão clara e pública, para que as partes e toda comunidade jurisdicional tenham acesso e consigam compreender as razões que levaram àquele resultado (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103-104).

De fato, a prova encontra-se em todo cotidiano das condutas humanas e transcende o Direito (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 38). É aqui que se exige do julgador uma noção ampla em diversas áreas de conhecimento humano, além de estar sempre atento para os fatos reais da vida e do mundo que o cerca (AFONSO, 2017). Ou seja, mesmo que o caso fuja de seus conhecimentos, é necessário que o julgador busque aprofundar ao máximo suas noções sobre determinado fato, para só então proferir uma decisão de mérito.

É nesse cenário que se insere a prova pericial, tendo em vista que, diante de situações fáticas, que necessitam de um conhecimento técnico, científico e especializado por parte do julgador, será necessário o auxílio de uma pessoa que detenha o conhecimento específico sobre a matéria demandada. Afinal, as limitações cognitivas do juiz não podem interferir na garantia de análise do direito tutelado.

3.1 PROVA PERICIAL: critérios de admissibilidade e valorização

A definição deste tópico contém premissas básicas sobre o tema em questão, sendo essenciais para dar continuidade ao objetivo deste artigo: a admissão para produção de determinada prova não se resume à eficiência que terá na formação do convencimento do juiz, mas também abrange a força contributiva para os demais intérpretes do processo, servindo de base jurisprudencial para decisões futuras (CARVALHO, 2017, p. 153).

A prova pericial é um meio obrigatoriamente exigido nos casos em que, para se esclarecer determinado fato, seja imprescindível um saber técnico e especializado de algum campo da ciência que fuja dos limites do juiz. Todavia, o juiz poderá dispensar a produção deste tipo de prova, desde que as provas constituídas nos autos tenham eficácia e sejam suficientes para formar seu convencimento, por exemplo, a existência de um parecer técnico apresentado pelas partes. Isso tudo por força do artigo 472 do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Entretanto, por ser um meio de alta complexidade e moroso, a prova pericial somente é deferida quando não existe caminho que mais se aproxime da veracidade dos fatos. Frisa-se que tal postura tem que ser adotada com cuidado, pois o fato de a prova ser demorada, complexa e onerosa, não é motivo para inadmitir sua produção, devendo ser analisada de acordo com todo o conjunto probatório existente.

A capacidade técnica do juiz não poderá interferir na admissibilidade da prova. Ainda que o magistrado detenha conhecimento técnico/específico, a lei não o autoriza a declarar inútil a produção de prova pericial em razão de seus conhecimentos, uma vez que tal conduta fere frontalmente o princípio do juiz natural, o qual impõe que o juiz seja uma pessoa imparcial.

Em regra, o órgão jurisdicional deverá sempre se valer da prova pericial quando o caso carecer de um conhecimento técnico específico, requerendo que o expert realize uma análise criteriosa sobre o tema que lhe foi incumbido, registrando sua conclusão por meio de um laudo pericial.

Inúmeras são as situações que exigem este tipo de prova, e um dos ramos clássicos do direito que faz uso constante da prova pericial é o previdenciário, por exemplo, nos casos em que se requer o afastamento/aposentadoria por invalidez, para comprovação da capacidade de labor da pessoa, é indispensável que o juiz tenha auxílio de um expert. Nesse exemplo, será necessário que o médico perito faça uma análise técnica dos dados clínicos fornecido por outros médicos, bem como a própria análise física do requerente.

O perito tem a função de colaborar com a justiça e auxiliar o juiz na investigação dos fatos, substituindo-lhe apenas na percepção e análise das fontes de prova. Porém, o perito não possui poder para valorar a prova, razão pela qual, essa “substituição do juiz” é totalmente limitada ao critério de análise do fato específico.

Conforme artigo 479 do CPC/15 “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (BRASIL, 2015).

Assim, não se pode simplesmente acolher as razões do perito, deve-se sempre analisar se o expert seguiu todos os requisitos para construção de um laudo pericial, bem como valorar o resultado da prova pericial em consonância com todos os outros meios de prova que foram produzidos nos autos, para só então considerá-lo ou não em seu julgamento final, executando a escala de valorização.

4. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

O primeiro modelo de valorização dos meios de provas surgiu na Idade Média quando se implantou o sistema probatório das ordálias, conhecido como “julgamentos divinos” (TARUFFO, 2016). Esse sistema das ordálias foi adotado pela igreja católica para consagrar os instrumentos que seriam utilizados para realizar o julgamento, que, por sinal, era cheio de superstições e crenças absurdas. Baseava-se em utilizar a natureza para comprovar se o acusado estava falando verdade ou mentira sobre os fatos, e o responsável em dar a “sentença” era basicamente Deus, pois as pessoas eram submetidas à prova humanamente impossível de se defender, com resultados de inocência baseados puramente em um milagre divino (LUNA, 2018).

A premissa deste sistema fundava-se no sentido de que Deus protegeria o acusado por meio de um milagre, caso ele fosse inocente (TARUFFO, 2016, p. 20). Os testes, muitas vezes, eram realizados por meio de água e fogo, assim, geralmente as pessoas eram submetidas à cruz, fogueira, água fria, ferro quente, afogamento (acorrentado e jogado ao rio), dentre outros (SILVEIRA, 2008).

Todavia, mesmo sendo o meio mais utilizado da época e sem nenhum limite, as ordálias tinham um caráter residual, devendo ser aplicada tão somente quando as alegações não se comprovassem por meio de documentos ou testemunhas. Afinal, o magistrado não tinha o poder de exercer o juízo de valoração o que levava a uma decisão totalmente desmedida e arbitrária feita por “DEUS” (LUNA, 2018).

Superada essa terrível fase das ordálias, e fazendo um vínculo com o tema-problema sedimentado, é oportuno dizer que, por mais importante que seja a prova pericial, ela não deve ser valorada igualmente a uma prova de ordálias. Afinal, este sistema foi relativizado, e a prova pericial não pode ser considerada pelo Judiciário como um instrumento livre de erros e dotado de infalibilidade e inquestionabilidade. Não pode o magistrado agir apenas como um confirmador de laudo pericial, sem realizar uma análise profunda dos critérios adotados pelo perito, bem como de todo conjunto probatório (LUNA, 2018).

O perito também pode falhar, não sendo dono da palavra final.

Diante o desaparecimento do sistema das ordálias, outros meios tiveram que ser criados para suprir a necessidade de valoração das provas (LEAL, 2005, p. 48). Pode-se citar como exemplo o modelo de prova tarifada, o qual surgiu no início do século XXIII, sendo criado por meio de doutrinas de juristas medievais sem um condão normativo. Nesse sistema existia uma hierarquia entre as provas com valores já pré-estabelecidos. Não havia nenhuma confiança no juiz e, por isso, ele não podia exercer o “livre” juízo, cabendo-lhe apenas uma atuação puramente mecânica (LUNA, 2018).

Mesmo estando superado, ainda é possível encontrar vestígios deste modelo espalhado pelas normas. O Código Civil é um deles, pois no artigo 1.876, §2º, até hoje se exige um mínimo de três testemunhas para dar validade a um testamento particular (BRASIL, 2002).

No modelo atual não se permite estabelecer previamente o valor de cada prova e muito menos valorizar uma prova de forma livre, devendo o magistrado exercer uma análise criteriosa

de todos os meios probatórios produzidos, e fundamentar o motivo de acolher e rejeitar cada uma delas.

Ultrapassado o sistema tarifado, surge o modelo de valorização por meio da convicção íntima do juiz. Aqui a liberdade valorativa é extremamente exagerada, e o juiz passa a ter total liberdade de proferir suas decisões sem a necessidade de justificar ou motivar, bastando decidir com base em suas experiências e impressões pessoais estabelecidas em relação ao processo, ainda que não sejam dotadas de racionalidade.

Com este pequeno esboço sobre o sistema de convicção íntima do juiz, percebe-se que houve a extinção total daquela figura passiva dada ao magistrado nos sistemas anteriores. Porém, essa abertura interpretativa sem limites é um ponto extremamente negativo. Ora, dar ao juiz o direito de decidir como bem entender, proporciona total desequilíbrio e insegurança aos jurisdicionados (LUNA, 2018).

O atual ordenamento jurídico, em tese, não tem espaço para esse tipo de decisão, pois, de acordo com o inciso IX, artigo 93 da Constituição Brasileira, todos os julgamentos deverão ser públicos, e com decisões devidamente fundamentadas, sob pena de declaração de nulidade do ato (BRASIL, 1988). Persistem resquícios deste sistema no âmbito do Direito Penal, especificamente quanto ao Tribunal do Júri, no qual os integrantes são pessoas leigas, decidindo em sigilo, e com base em suas impressões pessoais sem expressar a motivação que os fizeram chegar a tal conclusão.

Sendo o Direito um estudo baseado nas ciências culturais, quando surgem dois extremos, é necessário buscar uma forma de adequar as normas à realidade social. Dessa forma, diante de dois extremos, quais sejam o sistema de prova tarifada e o da livre convicção, foi necessário criar um sistema intermediário, chamado de “livre convencimento motivado”, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, no qual persiste a aplicação do livre convencimento do juiz, mas, dessa vez, por força constitucional, impõe-se que a sentença proferida detenha de um convencimento racional e motivado (LUNA, 2018).

Tal forma de valoração da prova dava ao magistrado a liberdade de escolher qual objeto fundamentaria melhor sua decisão, sendo necessário fundamentar todas as provas que foram produzidas nos autos, mas tão somente aquelas que contribuíram para formação do seu convencimento.

Porém, com o passar do tempo os critérios do sistema de livre convencimento motivado foi se distorcendo, e o magistrado passou a atuar discricionariamente, estipulando critérios pessoais sobre as provas que seriam necessárias para formar seu convencimento. Todavia, este adjetivo “livre” era mal interpretado, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103), o que estava ocasionando uma grande frustração tanto aos operadores do direito, quanto aos jurisdicionados

Com o advento do CPC/15 (BRASIL, 2015), a palavra “livremente” foi retirada do texto normativo, antes previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), criando barreiras para impedir justamente que o magistrado conduza suas decisões com base em uma valoração discricionária. Surge a partir daí uma discussão sobre o nascimento de um novo modelo de valoração de prova.

Nessa esteira, todas as referências de “livre convencimento motivado” foram extintas do texto normativo, não sendo mais correta a utilização deste jargão para fundamentar as deci-

sões judiciais (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 103). Dessa forma, não basta que o juiz se convença, ele tem o dever de também convencer as partes que sua decisão é a mais pertinente para resolução do caso. Assim, com esta mudança trazida pela Lei nº 13.105/15 (BRASIL, 2015), os jurisdicionados passaram a ter seu direito ao contraditório mais amplo, além de participar efetivamente da construção da decisão judicial, tornando o sistema ainda mais democrático.

4.1 CRITÉRIOS QUE DEVEM SER ESTABELECIDOS PARA APRECIACÃO E VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

Diante de toda a construção argumentativa exposta até aqui, já é exequível a delimitação de alguns problemas que necessitam ser solucionados, para começar a prever uma prova pericial de qualidade e efetividade nas demandas judiciais civis brasileiras. Conforme exposto, o primeiro problema está na grande confiança que o magistrado atribui à prova pericial, agindo praticamente como um ratificador de laudos periciais, o que é totalmente inaceitável no atual sistema jurídico brasileiro. O segundo problema está atribuído à ausência de observação das mudanças ocorridas no sistema de valorização da prova, no qual a inadmissibilidade da prova pericial tem sido realizada por meio de critérios meramente subjetivos (LUNA, 2018).

Ao longo deste artigo, demonstrou-se que a prova pericial, como todas as outras, possui algum ponto falho ou incontroverso. Todavia, na maioria das vezes, o magistrado realiza seu juízo de valorização privilegiando o laudo pericial, sem a devida análise, e se amparando ao fato de ser uma prova dotada de cunho especializado.

Antes de dar prosseguimento na problematização, deixa-se claro que não se defende a ideia de afastamento das provas baseadas em conhecimentos técnicos científicos, pois não há dúvidas do quanto são importantes para proporcionar ao magistrado um entendimento mais claro dos fatos, bem como proferir decisões pertinentes para solução do conflito. Entretanto, não se permite a exaltação da prova técnica para alterar o resultado final do processo, sendo essa a problemática trazida.

Retomando a análise sobre as falhas da prova pericial, Didier Junior, Braga e Oliveira (2015), entendem que não existe uma verdade absoluta, mas sim, relativa, por meio da qual se despendem esforços tanto das partes quanto do magistrado para se aproximar de uma verdade.

Fato é que, muitos laudos periciais são dotados de linguagem compreendida exclusivamente por uma pessoa especialista na área, que, ao final, conclui seu relatório em palavras objetivas que decretam o sim/não. Nesses casos, o juiz não deveria sequer conhecer o documento, pois o próprio artigo 473 do Código de Processo Civil estipula os elementos que devem constar no laudo pericial, e uma das premissas mais importantes que o legislador fez constar expressamente é a linguagem simples e coerente (BRASIL, 2015).

Todavia, o Judiciário brasileiro, além de moroso, está sobrecarregado de demandas, o que faz com que o juiz deposite uma confiança exacerbada no perito, dificilmente confrontando o laudo pericial a fim de requerer a adequação aos parâmetros legalmente exigidos. Ao revés, geralmente, as decisões que envolvem esse tipo de prova são fundamentadas conferindo um alto índice de credibilidade ao laudo pericial.

Infelizmente, quando se trata de laudo pericial, o juiz esquece todos os procedimentos a serem seguidos, bem como o seu dever de analisar criteriosamente os elementos probatórios para proferir decisões claras e dotadas de segurança.

7 CONCLUSÃO

Convém finalizar o desenvolvimento deste artigo por meio da realização de algumas considerações relevantes sobre o tema-problema, traçando a linha de pensamento que originou este estudo, bem como exposição de uma proposta de manejo das provas técnicas nos tribunais.

A primeira análise realizada foi sobre a importância de observar alguns princípios indispensáveis à admissibilidade e valorização das provas, principalmente, no que tange à prova pericial, a qual depende da interferência de um terceiro (perito) para ser produzida. Demonstrou-se que todos os envolvidos no processo (juiz, partes e perito), possuem direitos e deveres, delimitados por um controle constitucional, justamente para se garantir uma segurança jurídica mínima e evitar o arbitramento do Judiciário sobre os jurisdicionados, que são partes hipossuficientes no âmbito do processo.

Ao longo do artigo também fora analisada a prova pericial. Essa abordagem foi necessária, pois o juiz não está adstrito ao laudo pericial, devendo se valer de todos os instrumentos probatórios admitidos nos autos, para, então, formar seu convencimento devidamente fundamentado. Nesse terceiro tópico também foi abordado um ponto relevante quanto à descaracterização da existência de prova perfeita, uma vez que, mesmo diante uma análise superficial dos demais institutos probatórios, é possível encontrar falhas e polêmicas na admissibilidade e valorização que se dá a elas, ou seja, não existe prova melhor ou pior.

Na sequência, iniciou-se a discussão sobre os desafios do magistrado ao se deparar com a produção de uma prova pericial no atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como a diferenciação do conceito de valoração e valorização. E também os deveres do juiz em proferir decisões seguindo parâmetros de racionalidade, sem se torna uma pessoa dominada pelas vontades do judiciário em proferir decisões medíocres baseadas em confiança e celeridade.

Todavia, com as abordagens aqui expostas, nota-se que existe uma falha muito grande entre o perito e o magistrado. A falta de rigor na produção e avaliação do laudo pericial é quase uma regra nas demandas judiciais. Atualmente, uma decisão judicial com fundamento na prova pericial está basicamente ligada à confiança. Absurdo pensar que o juiz confie tanto no perito ao ponto de tornar-se um ratificador de laudo pericial, mas, infelizmente, é o que se encontra no âmbito do Judiciário.

O perito, habitualmente, realiza laudos simples, genéricos e de terminologia obscura com difícil compreensão, os quais passam pela análise do Judiciário, que sequer realiza o controle de conferências dos métodos utilizados na produção do laudo pericial.

O grande problema está nessa falta de interesse do magistrado em aprofundar seu conhecimento naquilo que vai julgar, afinal, o fato de não ter conhecimento específico sobre determinada ciência não afasta sua responsabilidade em proferir uma decisão. Dessa forma, transferir ao perito sua função de valorizar e julgar uma prova é totalmente inaceitável.

Mas como se resolveria esta habitual conduta do magistrado em transferir o ofício jurisdicional ao perito, uma vez que não se é permitido exigir que o juiz tenha o mesmo nível de conhecimento técnico sobre as complexas matérias científicas compreendidas unicamente por um expert na área?

É necessário partir, primeiramente, do trabalho feito pelo perito, que parece estar acomodado em seu cargo. É necessário que o profissional cumpra com requisito básico de proferir laudos com linguagem clara ao ponto de possibilitar a compreensão e contestação do instrumento. Além disso, o magistrado precisa controlar tais atos, pois ele não está vinculado ao perito e sua decisão decorre da análise de todos os fatos, e não somente uma matéria tratada especificamente pelo expert.

A função jurisdicional do magistrado é absoluta, e este não pode abandonar ou transferir seu dever, submetendo-se a um parecer proferido por perito de confiança.

O que se busca da justiça é a utilização de critérios práticos que permitam a valorização correta da prova pericial, evitando resultados irracionais, baseados em falta (juiz) ou excesso (perito) de conhecimento técnico.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Felipe da Silva. *O recurso à ciência no processo civil: uma análise da racionalidade da prova pericial*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/6443/1/felippedasilvaafonso.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. *Emenda constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 9, 31 jan. 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973.

CARVALHO, Nathalia Gonçalves de Macedo. *Admissibilidade de provas: os limites ao indeferimento da produção da prova cível*. 2017 (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

COEXTENSÃO. In: Dicio. [S.l.]: *Dicionário Online de Português*, 2019. Disponível em: <https://www.dicioVA.com.br/coextensao/>. Acesso em: 17 ago. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. 2 v.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. 2 v.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LUNA, Rafael Alves de. *De Íkarus a Prometheus: o uso da prova científica no atual processo civil brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife. 2018. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/1115/2/rafael_alves_luna.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.
- MACIEL, Antonio Emanuel da Silva. *Atividade sobre O mito da Caverna de Platão*. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.trabalhosgratuitos.com/Sociais-Aplicadas/Filosofia/Atividade-sobre-O-mito-da-Caverna-de-Plat%C3%A3o-1328049.html>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. 2 v.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo. Saraiva, 2002.
- SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. *A Importância do princípio constitucional do devido processo legal para o efetivo acesso à Justiça no Brasil*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, ISSN 2317-8558, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 435- 465, ago. 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44535/35173>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- SILVA, Q. Schiefelbein da; SPENGLER, F. *O Acesso à Justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S.l.], v. 16, n. 1, p. 131-148, nov. 2014.
- SILVEIRA, Wilson. *Ordálias - julgamentos divinos*. [S.l.], 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Leitores/64037>. Acesso em 19 ago. 2019.
- STRENGER, Guilherme. *A efetividade processual e sua celeridade sob o enfoque dos atos processuais no processo eletrônico*. 2014 (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, São Paulo, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Disponível em: http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2014/03/L-06_tira-gosto_Uma-simples-verdade-o-juiz-e-a-construcao-dos-fatos-Michele-Taruffo1.pdf. Acesso em: 27 ago. 2019.
- ZARZUELA, José Lopes. *Lauda pericial: aspectos técnicos e jurídicos*. São Paulo. Ed. RT, 2000.

A large, light blue, stylized number '4' is positioned in the lower right quadrant of the page. The number is composed of thick, solid-colored strokes. The top bar of the '4' is horizontal, and the stem is vertical. The bottom leg of the '4' is slanted downwards to the right. The text 'DA TUTELA PROVISÓRIA' is overlaid on the bottom horizontal bar of the '4'.

DA TUTELA
PROVISÓRIA

4.1

A NÃO ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE POR QUALQUER MEIO DE IMPUGNAÇÃO

TAÍSSA KELEY DE OLIVEIRA BRITO¹

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO²

JEAN CARLOS DIAS³

RESUMO:

Reflexão sobre o Código de Processo Civil (CPC/15) quanto à possibilidade da estabilização dos efeitos da tutela antecipada em caráter antecedente, no caso em que o réu é devidamente citado, porém, não interpõe o recurso cabível de agravo de instrumento contra decisão que concedeu a medida urgente. Objetiva-se compreender a inércia do réu quanto à concessão da medida, com destaque crítico para a interpretação de forma extensiva, a fim de se permitir qualquer forma de manifestação. Para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-

1 Graduada em Direito pela FUMEC. Assistente Administrativo do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. E-mail: taissakeley82@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8598626431833428>.

2 Assessor Judiciário do TJMG. Professor Universitário. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestrando em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Estagiário Docente na Revista Meritum. Responsável Técnico na Revista Mertium do PPGD/FUMEC. Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMDP. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPED). E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

3 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa - Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará e, atualmente é Advogado, Sócio-Sênior de Bastos & Dias s/s, escritório especializado em Direito Empresarial em Belém no Estado do Pará fundado em 1993. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8a. Região. É membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nodeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Tem participado de bancas de Concursos Públicos. Tem participado como Conferencista e Professor em diversos cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. Ex-Diretor-Geral da Escola Superior da Advocacia do Estado do Pará vinculada a Ordem dos Advogados do Brasil. É autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. E-mail: jean@bastosedias.com. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8372-9758>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3343295176890460>.

Como citar o presente artigo científico:

BRITO, Taíssa Keley de Oliveira; RIBEIRO, Adriano da Silva; DIAS, Jean Carlos. A não estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente por qualquer meio de impugnação. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re) construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 88-104.

-se-á o método dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e marco teórico no modelo constitucional de processo.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Tutela provisória antecedente. Estabilização. Manifestação do réu. Agravo de Instrumento.

ABSTRACT:

Reflection on the Civil Procedure Code (CPC / 15) as to the possibility of stabilizing the effects of the preliminary injunction in an antecedent character, in the case where the defendant is properly cited, however, he does not file the applicable appeal against an appeal against a decision that granted the urgent measure. The objective is to understand the defendant's inertia regarding the granting of the measure, with critical emphasis on the interpretation in an extensive way, in order to allow any form of manifestation. For the development of the work, the hypothetical deductive method will be used, based on bibliographic and jurisprudential research, and a theoretical framework in the constitutional process model.

KEYWORDS: Code of Civil procedure. Prior provisional guardianship. Stabilization. Manifestation of the defendant. Instrument Agravo.

1 INTRODUÇÃO

Inovações foram trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que tange a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Trata-se de medida de urgência que se destina a garantir os efeitos de uma decisão final, em momento anterior a propositura de uma ação, que visa assegurar à parte a obtenção de uma decisão célere e eficaz, em sede de liminar, diante de situações em que existam perigo de ocorrência de dano ou risco ao resultado útil do processo aliados ao perigo de demora da prestação jurisdicional.

Se a tutela for concedida e as partes estiverem satisfeitas extingue-se o processo sem resolução de mérito. O mesmo ocorre nos casos em que o réu não manifestar seu inconformismo com a decisão concessiva por meio do recurso de Agravo de Instrumento, ou seja, manter-se inerte.

O cerne do presente estudo se limitará a questão relativa à manifestação do réu.

Anote-se que o instituto da estabilização da tutela antecipada, na forma em que foi concebido pelo CPC/15, pode ir contra os princípios do contraditório, ampla defesa e devido Processo Legal, na medida em que limita os modos de defesa das partes envolvidas.

Dessa forma, no presente trabalho objetiva compreender a inércia do réu quanto à concessão da medida, os benefícios do instituto, quando feita uma interpretação extensiva da norma, assim como suas desvantagens de sua aplicação na literalidade.

Disso tratará no desenvolvimento do artigo, que utilizará o método dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, exploratória e no exame dos textos constitucionais e legais, tendo por marco teórico o modelo constitucional de processo.

Este artigo estrutura-se, partindo, inicialmente, do significado e conceito da interpretação das normas. Na sequência, o estudo dos princípios constitucionais do processo. Para, em

seguida, compreender o instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Em prosseguimento, examinar-se-á a não estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida por qualquer meio de impugnação, inclusive com referências a julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nas conclusões, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema e a interpretação dos preceitos contidos no Código de Processo Civil de 2015.

2 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

A interpretação possui papel de suma importância para a devida aplicação do direito e resolução dos conflitos cotidianos. Algumas normas por si só conseguem expressar o seu significado e grau de aplicação. No entanto, o operador do direito por diversas vezes irá se deparar com situações em que determinado dispositivo legal tenha deixado lacunas e dúvidas acerca da intenção do legislador.

Deste modo, cabe ao aplicador do direito interpretar as normas jurídicas a fim de lhe atribuir o melhor sentido e definir seu alcance, considerando os fatores sociais, assim como seu contexto histórico.

No Direito, interpretar vai além do simples tornar claro o dizer, é, sobretudo, revelar o sentido mais apropriado para a vida real, e conducente para uma decisão correta (MAXIMILIANO, 2017, p. 9).

Todavia, a interpretação não deve ser confundida com a hermenêutica, visto que esta é a "teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo" (STRECK, 2014, p.261).

Assim, quanto a origem a interpretação poderá ser autêntica, doutrinária ou jurisprudencial. Com relação aos métodos poderá ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica e histórica. E, por sua vez, quanto ao resultado, poderá ser declaratória, restritiva ou extensiva. (MAXIMILIANO, 2017, p. 11).

Logo, a hermenêutica fornece os modos e instrumentos para a interpretação, encontrando a segunda diversas classificações.

2.1 INTERPRETAÇÃO QUANTO A ORIGEM

Quanto a origem, a interpretação se divide em três modalidades, quais sejam, a autêntica, doutrinária ou jurisprudencial.

Será autêntica quando editada uma nova norma a fim de esclarecer alguma obscuridade de norma anterior, de forma a delimitar seu alcance e seu sentido, sem, contudo, revoga-la e retroagir seus efeitos a data da norma interpretada. Nesse sentido, só tem competência para interpretar de forma autêntica o poder legislativo, possuindo essa interpretação força obrigatória.

Por sua vez, a interpretação doutrinária ou doutrinal é aquela formada por um conjunto de entendimentos dado aos dispositivos legais pelos mestres, juristas estudiosos e especialistas da área do Direito. Dessa forma, não possui força obrigatória.

Do conjunto de reiteradas decisões judiciais acerca de determinado dispositivo legal, tem-se a interpretação jurisprudencial, onde são fixados para tanto critérios pré-estabelecidos pela norma interpretada (MAXIMILIANO, 2017, p.13), sem, no entanto, possuir força obrigatória.

2.2. INTERPRETAÇÃO QUANTO AOS MÉTODOS

Com relação aos métodos a interpretação poderá ser gramatical, lógica, sistemática, teleológica e histórica.

Quando o intérprete busca na leitura da norma encontrar seu sentido, valendo-se para tanto de regras e dicionários da língua portuguesa e, com base no significado das palavras encontrar o da norma, tem-se a figura da interpretação gramatical. Todavia, é necessária cautela ao utilizar esse método, visto que as palavras por diversas vezes podem ter significados vagos e incertos, não havendo garantias de que o significado encontrado para a norma é o correto para atender as demandas do interesse social.

A interpretação lógica busca explicar a norma através do sentido intrínseco do texto, analisando os fatores que culminaram em sua criação. Nesse sentido, para Carlos Maximiliano esse método:

Consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta. (MAXIMILIANO, 2017, p.111)

No método de interpretação sistemática a norma deve ser interpretada levando em conta sua relação com outras normas que possam ser aplicáveis ao caso, não podendo uma norma ser vista de forma isolada.

O intérprete deve buscar encontrar o fim para qual a norma se destina, levando em conta os valores sociais para se descobrir o sentido e alcance da mesma. É o que se propõe o método teleológico.

Na interpretação histórica é analisado o contexto histórico no qual a norma foi editada (MAXIMILIANO, 2017, p.15), assim como são verificados seus impactos no passado e evolução com o decurso do tempo.

2.3 INTERPRETAÇÃO QUANTO AO RESULTADO

Por sua vez, quanto ao resultado poderá se ter a interpretação declaratória, extensiva ou restritiva. O intérprete utilizando diversos outros meios de interpretação chega ao mesmo sentido do que está escrito na norma, tem-se a interpretação declaratória. Na interpretação extensiva é entendido que a norma não conseguiu dizer, em sua literalidade, tudo o que queria. Assim, é necessário que se amplie o seu sentido e grau de alcance.

Por sua vez, sempre que o texto da norma é mais amplo do que deveria ser, sendo necessário que seu conteúdo e aplicação sejam restringidos, apresenta-se a interpretação restritiva. Isso posto, veja-se o que leciona Carlos Maximiliano:

Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. Nas linhas gerais antolha-se fácil a classificação; porém, quando se desce às particularidades, à determinação da espécie, as dificuldades surgem à medida das semelhanças frequentes e embaraçadoras. Mais de um preceito parece adaptável à hipótese em apreço; entre as regras que se confundem, ou colidem, ao menos na aparência, de exclusão em exclusão se chegará, com o maior cuidado, à verdadeiramente aplicável, apropriada, preferível às demais. (MAXIMILIANO, 2017, p.5).

Portanto, ao realizar uma correta interpretação será possível enquadrar o caso concreto a norma que lhe for cabível, havendo, portanto, a efetiva aplicação do direito.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A Constituição da República prevê garantias constitucionais, com destaque para o que dispõe a norma do artigo 5º, que trata de princípios constitucionais que são os pilares para o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, os princípios norteiam a atividade jurisdicional e preenchem eventuais lacunas deixadas por lei, permitindo que as decisões judiciais sejam mais eficazes, bem como torná-las nulas em caso de sua inobservância. Com efeito, convém discorrer acerca dos princípios constitucionais do processo.

3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

É considerado direito fundamental e encontra previsão no artigo 5º, LV, da Constituição da República de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Rosemiro Pereira Leal afirma que “o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-proposicional e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.” (LEAL, 2018, p. 155).

Nesse sentido, mencionado princípio encontra-se revestido de caráter absoluto, não podendo processos ou procedimentos serem disciplinados sem que as partes exerçam o devido contraditório, salvo situações legais que permitam que seu exercício seja postergado, não havendo, neste caso, violação ao princípio constitucional.

As partes, portanto, devem ser mais que meramente polo ativo e polo passivo à espera de um provimento ou não judicial. Com efeito, surgiu o elemento substancial do princípio do contraditório, no qual as partes de forma efetiva participam do processo, podendo exercer influência na decisão judicial. Exatamente por isso, o acesso e a manifestação dos litigantes devem ser o mais amplo possível no curso do processo.

A propósito da temática, Nelson Nery Júnior afirma que:

Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar, a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder acompanhar e participar da colheita da prova, de modo a poder, in continenti, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando para a testemunha. (NERY JÚNIOR, 2016, p. 246)

Nesse contexto, o princípio em comento não somente traz maior efetividade para o processo, mas também as partes ficam seguras e certas de que na relação processual não haverá surpresa, eis que estarão cientes de todos os atos praticados.

Portanto, o contraditório significa “a constante oportunidade de manifestação, sobre questões colacionadas ou que afetem os autos, pelos afetados pelo provimento final, superando o mero dizer e contradizer” (FREITAS; RIBEIRO, 2019, P. 17).

Pelo exposto, qualquer decisão que venha a ser proferida ou ato processual executado sem que uma das partes tenha exercido de forma efetiva o contraditório, incorre em nulidade, assim como dispositivos legais que, de qualquer forma, restrinja os modos de manifestação violam o comando constitucional.

3.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

No princípio da ampla defesa, considerado complementar ao princípio do contraditório, as partes do processo têm o direito de arguir todas as teses defensivas e utilizar os meios de provas que forem permitidos em direito. Também valer-se do recurso cabível para combater decisões que lhe seja desfavorável.

E, nos dizeres de Sérgio Henrique Zandona Freitas, o princípio da ampla defesa “regula as relações existentes entre os interessados e o julgador, até que este último explicita a decisão (administrativa ou judicial) tutelando os afetados litigantes, por meio da atividade realizada no curso do procedimento” (FREITAS, 2014, p. 85).

Nelson Nery Júnior assim afirma:

Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com u’a mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável. (NERY, 2016, p. 283)

O exercício da ampla defesa pode ocorrer por meio da autodefesa, tendo a parte o direito de audiência, interrogatório e de presença nos atos processuais. É, pois, um direito disponível, não sendo a parte obrigada a exercer sua autodefesa. No entanto, este ato se mostra restrito, principalmente pelo fato de que na maior parte das vezes será exercido por pessoa leiga.

Assim, a defesa somente será exercida de forma ampla se for técnica, sendo este um direito indisponível a parte, devendo nos autos ter advogado devidamente habilitado, e em sua ausência deverá ser nomeado defensor público.

Isso porque a Constituição da República de 1988, atribuiu ao princípio em comento, assim como os demais, o *status* de garantia fundamental a fim de que os litigantes possam gozar de igualdade na relação processual (BRASIL, 1988).

Anote-se, ainda, que o princípio da ampla defesa “está vinculado à oportunidade de oferecer alegações e provas admitidas no direito, observadas as questões fáticas e jurídicas atinentes, em tempo e modo próprios para sua prática” (FREITAS; RIBEIRO, 2019, p.17)

Dessa forma, em hipótese alguma poderá haver supressão do seu exercício, sob pena de nulidade dos atos e decisões proferidas sem sua devida observância.

3.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É possível compreender ser este a base de todos os outros princípios e regras processuais. Na Constituição da República, o princípio do devido processo legal, está previsto no inciso LIV, do art. 5º, a saber: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Os processos existentes devem guardar conformidade com todo o ordenamento jurídico. Nessa esteira, Fredie Didier explica que:

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “due process of law”. Law, porém, significa Direito, e não lei. A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. (DIDIER, 2018, p. 87).

Portanto, este princípio está intimamente ligado a ideia de um processo constitucional, pelo fato de garantir a eficácia aos direitos fundamentais para existência de uma relação processual isonômica.

Acerca do tema, Humberto Theodoro Júnior afirma:

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX). (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 47).

Desse modo, deve ser assegurada a todos os litigantes a garantia de condições iguais para que eles possam trazer ao processo todos os elementos possíveis ao esclarecimento da verdade.

Entende José Miguel Garcia Medina entende que “o devido processo legal, consoante concepção tradicional e bastante ampla, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo. Assim considerado, o princípio acaba por compreender todos os demais” (MEDINA, 2016, p.120).

Nessa linha, a Constituição da República de 1988 apresenta o princípio em comento sob duas dimensões: a formal e a substancial. A primeira diz respeito a observâncias das garantias processuais durante a elaboração de uma norma, sendo voltada para o legislador de forma a

delimitar a sua atuação. A segunda, por sua vez, se refere a observância do devido processo legal quando houver atuação estatal, vale dizer, do magistrado, que deverá observar o procedimento adequado para a prática de seus atos, sob pena de incorrer em nulidade (BRASIL, 1988).

Dessa forma, só existirá o devido processo legal se, para realizações de atos, assim como para proferir decisões, forem observados todos os demais princípios constitucionais, ainda que se esteja diante de uma medida urgente.

4 TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Prevista a partir do artigo 300, do Código de Processo Civil, a tutela provisória de urgência é o instituto pelo qual às partes poderão pleitear a antecipação do pedido de mérito ou de medida para assegurá-lo, com base na existência de urgência aliada a evidência do direito (BRASIL, 2015).

Nessa esteira, ela divide-se em duas subespécies: tutela provisória de urgência antecipada e a tutela provisória de urgência cautelar.

Pela tutela de urgência cautelar, às partes podem pleitear instrumentos acautelatórios para proteção de seu direito material, podendo ser efetivada por meio de arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito (BRASIL, 2015). Dessa forma, ela incide sobre os meios de proteção e não sobre o direito propriamente dito.

Quanto ao momento, poderá ser concedida em caráter incidental quando o pedido ocorrer já no curso do processo, ou antecedente, sendo requerida em petição inicial própria.

Por sua vez, a tutela de urgência antecipada visa assegurar a efetividade de um direito material que se encontra em risco, podendo ser requerida antes do início da ação, devendo o autor, posteriormente, fazer o aditamento. No entanto, esta não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (BRASIL, 2015).

No que tange ao momento de concessão, também poderá ser incidental ou antecedente.

Isso posto, passa-se a análise da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, tema problema do presente estudo.

O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a linha da efetividade processual, inovou ao possibilitar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Por este instituto, a parte autora pode requerer uma medida urgente que necessite ser concedida anteriormente à propositura da ação, conforme artigo 303 do Código de Processo Civil, cite-se:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. (BRASIL, 2015).

Na hipótese de citação da parte ré e esta não interpor o recurso cabível contra a decisão que concedeu a medida urgente, considera-se que houve inércia de sua parte quanto à concessão da medida e ela se estabilizará, é o que dispõe o artigo 304, § 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Neste caso, conforme o artigo 1.015, do CPC, o recurso cabível é o Agravo de Instrumento (BRASIL, 2015).

Para Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, "a estabilização da tutela é uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu." (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2018, p. 695)

Assim, é notório que a criação do citado instituto se deu com a fim de preservar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional, assegurando à parte a obtenção de uma decisão célere e eficaz, em sede de liminar, diante da existência de situações em que existam perigo de ocorrência de dano ou risco ao resultado útil do processo aliados ao perigo de demora da prestação jurisdicional.

4.1 REQUISITOS PARA CONCESSÃO

Sendo a urgência contemporânea à propositura da ação a parte autora poderá apresentar a inicial constando apenas o pedido de tutela antecipada, com exposição da lide e do direito, além de comprovação da existência de perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015). Por se tratar de situação excepcional é que o Código de Processo Civil permite que a petição inicial seja apresentada de forma incompleta, devendo, no entanto, ser aditada no prazo de 15 dias a fim de preencher os requisitos previstos no artigo 319, do CPC/15⁴.

Nos termos do art. 303, §1º, inciso I, do CPC, tal aditamento se refere à complementação da argumentação, à juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final (BRASIL, 2015).

Pode o juiz entender que não existem elementos suficientes para a concessão da medida urgente. Assim, será determinado que a parte autora emende a petição em até 5 dias, sob pena de ocorrer a extinção do processo sem resolução de mérito.

4 Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça. (BRASIL, 2015)

Concedida a tutela, caso o autor não adite a inicial, também haverá extinção do processo sem resolução de mérito, sendo cessados nesse momento os efeitos da tutela antecipada concedida.

Por sua vez, feito o aditamento, o réu será devidamente citado para passar a integrar a relação processual e intimado para audiência de conciliação ou de mediação na forma do artigo 334 do CPC, com base no artigo 303, §1º, II do CPC (BRASIL, 2015).

Havendo autocomposição, o acordo é homologado e o processo é extinto com resolução do mérito, sendo substituído o conteúdo da tutela antecipatória eventualmente concedida pelo o que foi acordado. Não havendo, inicia-se o prazo de 15 dias para contestação, nos termos do artigo 335, do CPC (BRASIL, 2015).

Na hipótese de o caso não admitir autocomposição não é preciso a designação de audiência de conciliação. Dessa forma, o prazo para contestação será contado a partir da intimação feita ao réu do aditamento da petição inicial (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2018, p. 700).

Se, devidamente citado o réu recorre da decisão que concede a tutela antecipada, o procedimento comum se desenvolverá normalmente, rumo às suas etapas de saneamento, instrução e decisão. No entanto, caso fique inerte, leia-se, não interponha o agravo de instrumento, a tutela será estabilizada, podendo somente ser revista com o ajuizamento de ação autônoma no prazo decadencial de 02 (dois) anos a contar da ciência da decisão que extinguiu o feito principal (DIDIER, 2018, p. 616).

Nessa seara, a tutela concedida continuará produzindo os seus efeitos enquanto não for objeto de revisão, reforma ou invalidação.

4.2 A ESTABILIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS

Reafirmando a ideia do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) de tornar a relação processual mais célere e eficiente foi criado o instituto em estudo, que evita o desgaste dos litigantes em longas lides, por pleitos que, em sede de tutela são resolvidos de forma satisfatória e célere para as partes envolvidas.

Assim, constitui requisito necessário para a estabilização dos efeitos da tutela antecipatória, a inércia do réu. Dessa forma, se citado para defesa o réu não interpõe o recurso cabível, os efeitos da decisão concessiva de tutela tornam-se estáveis, não se desenvolvendo a cognição exauriente.

Quanto à inércia do réu e o recurso cabível, explicam Érico Andrade e Dierle Nunes que: “[...] a falta de interposição do agravo de instrumento leva à estabilização, independentemente do pedido de suspensão de liminar ou de reclamação, com o que estes eventuais mecanismos processuais teriam de ser extintos por perda de objeto” (ANDRADE; NUNES, 2015, p.16).

No mesmo sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA. CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. INÉRCIA DO RÉU. NÃO APRESENTAÇÃO DE RECURSO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. - Em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas não há nulidade na decisão que declarou a estabilização da tutela quando o autor deixa claro no âmbito da inicial que pretende se valer do instituto e na medida em que

o réu não demonstrou qualquer prejuízo em razão do aditamento ter sido mencionado na inicial. - Não é possível realizar uma interpretação ampliada do art. 304 do CPC quando o legislador expressamente afirma que a decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela em caráter antecedente “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” - Configura-se a inércia do réu caso não interponha recurso próprio da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que tenha apresentado contestação. (TJMG - Apelação Cível 1.0372.17.004316-3/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2019, publicação da súmula em 13/02/2019)

No entanto apenas os efeitos da decisão podem estabilizar-se. A respeito do tema Fredie Didier, assim explica que “[...] somente os efeitos da decisão positiva podem tornar-se estáveis”. E, quanto ao tema estabilização dos efeitos da decisão, defende mais ainda, que “têm aptidão para a estabilidade do art. 304 tanto os efeitos da decisão concessiva proferida pelo juízo de primeiro grau como os da decisão (unipessoal ou colegiada) concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão singular denegatória”. Alerta, portanto: “O que importa é que tudo isso aconteça antes de o autor aditar a inicial para complementar a sua causa de pedir e formular o seu pedido definitivo (art. 303, §1º, I, CPC)”. (DIDIER, 2018, p. 699).

Cumprido registrar ainda que, estabilizada a decisão antecipatória e extinto o procedimento, não se opera a coisa julgada. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior assim esclarece:

Essa decisão antecipatória, todavia, não opera a coisa julgada, ou seja, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos. As partes poderão, no prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, apresentar, se lhes convier, a ação principal para discutir a matéria no mérito (art. 304, §§ 2º e 5º). A opção, *in casu*, pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia conferir a mesma dignidade processual a um provimento baseado em cognição sumária e a um provimento lastreado na cognição plena. (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 698).

Isso porque, a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão e não somente sobre seus efeitos. Dessa forma, ainda que transcorrido o prazo decadencial de dois anos, a matéria poderá ser objeto de questionamento em uma ação autônoma até findar-se os demais prazos constantes no direito material.

Percebe-se que a estabilização dos efeitos ocorrerá nos casos em que a decisão antecipatória for suficiente para resolver o conflito de forma satisfatória para as partes envolvidas, razão pela qual não se faz necessário o prosseguimento do processo. Assim, se porventura o réu, embora intimado, não apresentar defesa no prazo devido ou, apesar de manifestar seu inconformismo com a decisão, valer-se de outro meio que não seja o agravo de instrumento.

Dessa forma, a parte ré encontra-se limitada à uma única forma de defesa hábil a impedir que ocorra a estabilização dos efeitos.

5 A NÃO ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE POR QUALQUER MEIO DE IMPUGNAÇÃO

Alvo de críticas na doutrina e divergência na jurisprudência pátria, o emprego da palavra recurso como única forma de impedimento da ocorrência da estabilização dos efeitos da tutela antecedente merece ser estudado. Isso porque o Código de Processo Civil de 2015 além de todas as inovações, tem como objetivo tornar a relação processual mais célere e para todas as partes envolvidas.

O instituto em comento, conforme já dito, é vantajoso para as partes e para o Poder Judiciário, uma vez que em sede de tutela antecipada podem ser resolvidos conflitos de forma satisfatória, evitando-se, assim, longas lides. Assim, no presente estudo a crítica se restringe à necessidade de interposição de recurso para impedir a estabilização.

Isso pois ao se aplicar a literalidade do disposto no artigo 304, do CPC, perde-se o objetivo de simplificar o processo e diminuir o seu tempo de curso, uma vez que há, de certa forma, um livre estímulo a interposição de recursos desnecessários que podem causar o abarrotamento dos Tribunais.

Além do mais, outros meios de impugnação se mostram suficientes para expressar o inconformismo da parte ré com a decisão que concedeu a tutela, devendo a estabilização dos efeitos ocorrer apenas na hipótese de a parte não apresentar qualquer tipo de manifestação. É essa a explicação de Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Embora o artigo 304 do CPC fale apenas em não interposição de recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe a parte para recorrer). (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p.700).

No mesmo sentido, completam:

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p.700-701).

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que o réu poderá até mesmo demonstrar seu inconformismo quando do seu comparecimento em audiência, sendo desnecessária a interposição de recurso nesse caso:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto para evitar a estabilização quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a

devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2017, p. 258).

Ademais, não pode o legislador ignorar a Constituição da República de 1988 e criar institutos que de qualquer forma venham a limitar os meios de defesa das partes, uma vez que, conforme já dito, as partes têm o direito a usar todos os meios disponíveis em lei para exercer o seu direito de defesa, não podendo de forma alguma esse direito ser suprimido, sob pena de não haver um processo constitucional.

Na visão de Felipe Galego “o devido processo constitucional não deve ser decotado, abreviado ou reduzido em virtude de pressões sociais ou de operadores empenhados na efetivação da jurisdição a qualquer custo e em tempo recorde”. E, adverte, que a estabilização “representa uma afronta ao amplo direito de defesa, do contraditório com influência e, conseqüentemente, do devido processo constitucional, duramente conquistado pelo povo e em pleno vigor no Estado Democrático de Direito” (GALEGO, 2019, p. 85).

Dessa forma, a interpretação do dispositivo legal em análise deve se dar de forma extensiva, de modo a extrair da norma o que não foi conseguido por ela passar apenas por sua redação, de modo a permitir que a parte interessada possa demonstrar seu inconformismo com a decisão que concedeu a tutela por qualquer meio de impugnação.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão inovou e trouxe precedente no sentido de outros meios de impugnação como a contestação poderão ser usados como forma de impedir a estabilização e não somente o recuso de agravo de instrumento. Veja-se, para melhor compreensão, trecho da ementa do recurso especial:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A despeito da AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU.

NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

[...]

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a

decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido. (REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018).

No caso, em sede de primeiro grau, a parte ao invés de interpor o recurso de Agravo de Instrumento apresentou contestação pleiteando a revogação da medida. O Juízo de primeiro grau atendeu o pedido e revogou a medida. A parte autora então recorreu sob o argumento de que havia sido operada a estabilização de seus efeitos, uma vez que não foi apresentado recurso cabível pela parte ré. O Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso, razão pela qual foi interposto Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça.

O STJ, por sua vez, entendeu que a leitura do dispositivo legal deve ser feita com nas interpretações sistemática e teleológica. Assim, só deve ocorrer a estabilização na hipótese de haver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária.

E não poderia ser diferente, pois, ao aplicar a norma deve-se buscar chegar o mais perto do fim por ela pretendido, pois não se deve interpretar de forma literal a legislação, mas sim, valendo-se das formas de interpretação analisar sua existência junto às demais normas do ordenamento jurídico.

Cumprir registrar que antes mesmo do referido precedente do STJ, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim também já havia decidido. Cite-se:

Apelação. Associação. Ação declaratória de nulidade de assembleia de Conselho Deliberativo de associação desportiva (Santos Futebol Clube), realizada em 27.04.2016, que aprecia e acolhe, por maioria de 83x82 votos, parecer de Conselho Fiscal relativo às contas da administração do clube no exercício de 2015, que recomenda desaprovação das contas. Alegação de cômputo de votos de três conselheiros impedidos de votar na forma do artigo 1.078, § 2º, do Código Civil, que, caso desconsiderados, gerariam inversão do resultado para a rejeição do parecer do Conselho Fiscal. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Não provimento. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). 1. Preliminar exigindo reconhecimento de

estabilização de efeitos de tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente e não sujeita à impugnação recursal específica pelos réus. Descabimento. Qualquer oposição útil manifestada pelos réus é capaz de evitar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, desnecessária que essa manifestação seja viabilizada por meio de recurso, bastando meio idôneo defensivo. Interpretação alargada abalizada por melhor doutrina. 2. No mérito, não convencem as razões recursais, merecendo ratificação a sentença de improcedência. Autonomia constitucional conferida à organização das entidades de caráter desportivo não afasta a sua submissão às normas de ordenamento infraconstitucional de matiz obrigatória, porém, nada obsta que os próprios regulamentos internos das entidades associativas disponham diferentemente do preceituado pela lei, por se tratar de emanção da liberdade associativa e liberdade contratual garantida àqueles que se associam entre si para o atingimento de uma finalidade comum, no caso, a exploração de uma atividade econômica e social de desporto. Ausência de detalhamento de conflito de interesse nas normas regulamentares internas na hipótese de desligamento de conselheiro integrante do Conselho Deliberativo da função administrativa exercida em Comitê Gestor do clube, equiparado à diretoria, com regresso livre às funções no Conselho Deliberativo. 3. Recurso de apelação do autor Antonio Celso desprovido (TJSP; Apelação Cível 1011424-29.2016.8.26.0562; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2018; Data de Registro: 22/05/2018)

Não obstante a decisão do STJ em Recurso Especial, no ano de 2018, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ainda tem caminhado em sentido contrário, conforme foi demonstrado no capítulo anterior, ao afirmar que “[...] configura-se a inércia do réu caso não interponha recurso próprio da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que tenha apresentado contestação” (MINAS GERAIS, 2019).

Embora tenha conhecimento de corrente favorável ao uso de outros meios de impugnação além do Agravo de Instrumento, entende o TJMG que não pode o intérprete modificar o sentido das palavras empregadas pelo legislador, a fim de conferir ao dispositivo legal sentido diverso. Dessa forma entende que não deve haver interpretação extensiva do artigo 304, do CPC (BRASIL, 2015).

No entanto, o citado entendimento não merece prosperar, devendo não ocorrer a estabilização dos efeitos da tutela antecipada em caráter antecedente quando houver qualquer tipo de manifestação da parte, e não somente quando for interposto o recurso cabível.

6 CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado no estudo a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é um ótimo remédio para desafogar os tribunais e resolver de forma célere os litígios, sendo notório que a criação do citado instituto se deu com a fim de preservar a eficácia e utilidade da tutela jurisdicional, assegurando à parte a obtenção de uma decisão célere e eficaz, em sede de liminar, diante da existência de situações em que existam perigo de ocorrência de dano ou risco ao resultado útil do processo aliados ao perigo de demora da prestação jurisdicional.

No entanto qualquer meio de impugnação deve ser considerado válido para impedir a ocorrência do instituto da estabilização, e não somente o recurso de Agravo de Instrumento, caso contrário o fim pretendido pelo legislador no momento da criação do citado instituto jamais será atingido, uma vez que as partes se encontram obrigadas a recorrer e no caso concreto acabará ocorrendo todo curso da cognição exauriente e não mais a sumária.

Por isso, deve ser realizada uma correta interpretação a fim enquadrar o caso concreto a melhor norma que lhe for cabível, a fim de que possa haver uma efetiva aplicação do direito. É o caso do artigo 304, do Código de Processo Civil, que deve ser interpretado de forma extensiva.

E ainda que assim não fosse, em homenagem aos princípios do Contraditório, ampla defesa e devido processo Legal, devem os meios de impugnação serem alargados para todos disponíveis em lei, pois ainda que se trate de medida urgente devem ser observados os princípios constitucionais do processo.

Nesse sentido, defende-se que a estabilização de seus efeitos somente deve ocorrer se o réu não manifestar nenhum inconformismo com a concessão da tutela.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Erico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília, DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1760966/SP*, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1760966&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 fev. 2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DIDIER, JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória* 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014, 210f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; RIBEIRO, Adriano da Silva. Processo Administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do Código de Processo Civil. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Processo, jurisdição e efetividade da justiça II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona et al . Processo administrativo: abordagem pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica / Cadernos Jurídicos do IMDP (Instituto Mineiro de Direito Processual)*, p. 1, 2012, v.1.

GALEGO, Felipe. *A estabilização da tutela antecipada e o modelo constitucional do processo*. 2019, 95f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Fora de série). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976996/cfi/6/2!/4/2@0.00:0.00>. Acesso em: 04 abr. 2019

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 1.0372.17.004316-3/001*, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2019, publicação da súmula em 13/02/2019 Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 23 mar. 2019.

NERY, Nelson Júnior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação Cível 1011424-29.2016.8.26.0562*; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2018; Data de Registro: 22/05/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>. Acesso em: 23 mar. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume I : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*.18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 2.

4.2

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COGNIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO CIVIL

FERNANDA SILVEIRA MENDES¹

GIOVANNI GALVÃO VILAÇA GREGÓRIO²

LUCAS GONÇALVES DA SILVA³

RESUMO:

Este trabalho analisa a perseguição pela celeridade processual em face da mitigação das garantias constitucionais do devido processo legal. Serão estudados os elementos configuradores do processo, com especial observância ao contraditório e a ampla defesa, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito. O cerne da controvérsia, consiste na discussão acerca da constitucionalidade das decisões providas em sede de cognição sumária e a existência de alternativas que buscam a razoável duração do processo. Neste estudo, utilizar-se-á o método dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Antecipada. Devido Processo Legal. Processo Civil. Cognição Sumária.

ABSTRACT:

This study analyzes the persecution of procedural speed against the mitigation of the due process of law. It will be analyzed the constitutional principles of the process with a special observance to the adversary proceedings and the right to a fair hearing, seen under the prism of the democratic rule of law. The heart of the matter, consists on the discussion about the constitutionality of the decisions provided in summary cognizance and the existence of alternatives that seek the reasonable length of the process. In this study, it's used the bibliographic research through the deductive method.

KEYWORDS: *Interlocutory Relief. Constitutional Process. Due Process of Law. Civil Process. Process Speed. Summary Cognizance.*

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: fernandamendes15@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4226003634763352>.

2 Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade FUMEC. E-mail: giovanni_vilaca@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8600408389906409>

3 Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Vice-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: lucasgs@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696968535834577> 2.

Como citar o presente artigo científico:

MENDES, Fernanda Silveira; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça; SILVA, Lucas Gonçalves da. A (in)constitucionalidade da cognição sumária no processo civil. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 105-118

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de razoabilidade na gestão do tempo constitui uma das principais e mais atuais tormentas na seara processual civil. A precariedade estrutural que o Judiciário Brasileiro está imerso faz com que se busque trazer celeridade ao processo, mitigando as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, com a justificativa de que seriam as responsáveis pela morosidade.

Para analisar os desdobramentos da cognição sumária na ótica da Constituição da República, é necessário, antes de mais nada, contextualizar o regime de tutelas provisórias do Código de Processo Civil de 2015.

Posteriormente, por meio dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal (2008), serão analisados os elementos configuradores do processo inculpidos na Constituição de 1988, quais sejam o devido processo constitucional e o devido processo legal, com especial observância ao contraditório e a ampla defesa, vistos sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

A fonte de pesquisa é a bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos e dissertações. A vertente metodológica é a teórico-jurídica e o método dedutivo.

2 COGNIÇÃO SUMÁRIA E EXAURIENTE

A cognição é, no conceito de Kazuo Watanabe (1987), um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são utilizadas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto do processo.

Pode-se dizer, portanto, que cognição é a operação intelectual de análise de questões de fato e de direito, tornando possível conhecer. É através da cognição que se pode utilizar as diferentes formas de procedimentos judiciais, garantindo atenção especial às várias situações jurídicas carentes de proteção.

O procedimento de cognição plena e exauriente é o chamado procedimento comum. Este procedimento é o mais completo possível quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz.

O procedimento de cognição exauriente, é aquele no qual o valor segurança é o mais desenvolvido por excelência. Somente um procedimento tão amplo poderia permitir aquilo que alguns juristas denominam de busca da verdade. Pode-se dizer que mediante este procedimento, as partes tiveram a oportunidade de serem ouvidas e que a decisão se encontra fundada em um quadro probatório completo.

A tutela fundada em cognição exauriente é uma tutela definitiva e é idônea à formação da coisa julgada. (MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, 2016).

Já a cognição sumária é técnica destinada a buscar resultado útil do processo, na medida em que permite acelerar a prestação jurisdicional, baseada em juízo de probabilidade e verossimilhança, nos casos em que a cognição exauriente se torna danosa ao direito a ser tutelado.

A tutela sumária é prestada mediante um procedimento em que apenas uma das partes teve a oportunidade de se manifestar, ou em que o material probatório recolhido ainda é passível de enriquecimento ao longo do procedimento.

Com o CPC/2015, os requisitos da tutela antecipada foram unificados com os da tutela cautelar e passam a ser a probabilidade do direito (*fumus boni juris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Desta forma, nas hipóteses de cognição sumária existe uma preocupação em prestar prontamente a tutela jurisdicional, seja para evitar o perigo da demora, seja para evitar a protelação injusta de uma decisão provável.

A tutela de cognição exauriente permite a realização plena do princípio do contraditório e permite ao juiz, que procure a verdade e a certeza, ao contrário da tutela de cognição sumária que possibilita um conhecimento superficial da matéria discutida, visando um processo mais célere e menos comprometido.

Se o processo de cognição exauriente tem na segurança e certeza seus maiores valores, a tutela de cognição sumária tem na celeridade sua principal virtude.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após uma evolução histórica do Estado de Polícia, do Estado Liberal e do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito, que após o insucesso dos demais sistemas, inspirou a elaboração de diversas constituições, como a Constituição da República de 1988.

O Estado de Polícia era caracterizado pela atuação absolutista do Estado, que criava normas, mas não se submetia a elas. Havia em tal sistema uma confusão entre preceitos religiosos e a lei.

Em busca pela democracia no plano político, surgiu o Estado Liberal, que tinha por característica a mínima intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo. O Estado Liberal trouxe diversas inovações, tais como a estipulação das funções estatais e a declaração dos direitos individuais. Contudo, tais evoluções não foram suficientes para evitar a crise gerada pelo acúmulo de capital nas mãos de poucos.

Após a ruptura do Estado Liberal, o Estado Social surge com o objetivo de reduzir as desigualdades geradas pelo sistema anterior, buscando propiciar as condições materiais necessárias para gerar o bem-estar social e garantir a liberdade individual. O sistema de Estado Social necessitou ser superado, vez que o Estado não possuía recursos suficientes para atender a todas as demandas sociais.

Conforme leciona o professor doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (2014), o Estado de Direito teve suas bases na vontade racional geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança no exercício da função jurisdicional, o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando as três funções (legislativa, executiva e judiciária).

O surgimento do Estado Democrático de Direito fortaleceu a exigência do cumprimento dos valores entendidos como fundamentais. Procurando garantir o convívio social e o relacio-

namento interpessoal, dirimindo conflitos e possibilitando a intervenção do Estado sempre que estas regras não forem respeitadas.

O Estado de Direito, tem sua fonte de legitimação baseada no exercício do poder emanado pelo povo, com aplicação das normas do direito e estruturado por leis, principalmente a constitucional. (FREITAS, 2014.)

A Constituição da República de 1988 elencou os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, configurando o Estado Democrático de Direito, conforme se observa no preâmbulo da Constituição:

Constituição brasileira de 1988: PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...) Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

E, em uma visão constitucionalista do processo, Dhenis Cruz Madeira ensina:

[...] O Estado Democrático de Direito, de forma principiológica e vinculante, rege a prática jurídica como um todo, inclusive a atividade administrativo-estatal, correlacionando-se com as outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Tal paradigma serve de norte para estruturação de todo o sistema jurídico, o qual não poderá inobservá-lo em nenhuma de suas fases, haja vista o Princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade irrestrito das leis.

A Constituição Brasileira, reconhecendo que todo poder emana do povo, institui o Estado Democrático de Direito visando a assegurar, justamente, o exercício pleno e efetivo dos direitos descritos constitucionalmente, sendo isso, aliás, o que se deflui ao longo do texto, inclusive de seu preâmbulo. (MADEIRA, 2007, p. 35).

Assim, o Estado Democrático de Direito tem fundamento no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas que, do ponto de vista do processo, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988.

Portanto, admitindo-se que a representatividade indireta reflete os interesses do povo, na busca de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, qualquer ato ou norma que venha a contrariar esses direitos não encontrará respaldo constitucional.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do Direito foi o movimento capaz de alterar profundamente o modo como o Direito é pensado, especialmente na Europa a partir de meados do século XX (após o fim da Segunda Guerra Mundial). Este movimento chegou ao Brasil a partir do final da década de 1980, e permitiu que se passasse a pensar todo o Direito a partir de uma ótica constitucional.

A visão constitucional do processo vem, cada vez mais, se universalizando. E como afirma Frédérique Ferrand (2014):

Em nosso mundo de sempre crescente complexidade, princípios e direitos processuais fundamentais – frequentemente de origem e natureza constitucional – ganharam um papel de liderança desde que eles são uma condição tão essencial e necessária para o exercício de outros direitos fundamentais. Sua crescente natureza constitucional e/ou fundamental pode ser apreendida com satisfação. Processo tornou-se um ‘tema nobre’ (FERRAND, 2014, p. 58).

O Estado Democrático de Direito exige que o legislador se submeta aos princípios do processo, como instrumento de persecução da soberania popular, cujo fundamento se assenta na jurisdição constitucional.

A constitucionalização do direito processual pode ser observada pela incorporação de normas processuais no texto constitucional, até mesmo na forma de garantias fundamentais.

O art. 1º do atual Código de Processo Civil dispõe que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições do Código. (BRASIL, 2015).

O artigo supramencionado enuncia que as normas processuais não só devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, mas que também devem estar em conformidade com ela. Desta forma, o Direito Processual Civil não pode ser aplicado sem a observância do texto constitucional.

De acordo com Elpídio Donizetti, é crescente a ideia na doutrina e jurisprudência no sentido de que as normas que regem o Direito Processual Civil devem consagrar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, bem como a força normativa da Constituição Federal.

Se antes o entendimento tradicional era de que a Constituição dependeria sempre de uma lei ordinária para ser aplicada às relações privadas, hoje vale a premissa de que os princípios constitucionais são normas situadas no topo do ordenamento jurídico e, por esta razão, devem nortear a atuação do julgador quando não positivados no texto infraconstitucional. (DONIZETTI, 2016).

Desta forma, a Constituição da República, se incumbiu de configurar o direito processual, não mais como mero conjunto de regras e acessórios de aplicação do direito material, mas sim como um instrumento público de realização da justiça.

Rosemiro Pereira Leal, defensor da teoria neoinstitucionalista, apresenta uma visão constitucionalizada do processo, definindo-o como:

[...] instituição regente da estruturação dos procedimentos pelo contraditório, ampla defesa, isonomia das partes, direito ao advogado e à movimentação

incondicional da jurisdição. Com efeito, a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão” das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de justiça. (LEAL, 2008, p. 88-89).

A Teoria Neoinstitucionalista do processo, idealizada por Rosemiro Pereira Leal, é a instituição constitucionalizada que viabiliza o exercício efetivo dos direitos fundamentais e a legitimidade democrática dos provimentos estatais por meio dos princípios institutivos – contraditório, isonomia, ampla defesa, entre outros. Tais princípios visam garantir a construção participada do provimento, de modo que o procedimento seja legitimamente democrático.

Nesta esteira, Leal defende:

[...] o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição” (LEAL, 2008, p. 84-85).

Além de princípios e regras processuais previstos no art. 5º da CF/1988, fala-se em direitos fundamentais processuais. Os direitos fundamentais são de um lado direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; e de outro lado objetivas, que traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação de todo ordenamento jurídico.

Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). (DIDIER JR, 2015).

Importante ressaltar que o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração, e as formas de controle constitucional; que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito à prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito. (FREITAS, 2014).

O modelo constitucional do processo, portanto, nada mais é do que o resultado da interpretação das leis processuais a partir da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo seja respeitado, consoante os princípios e garantias constitucionais processuais.

5 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Integra, pois, o ordenamento jurídico brasileiro o princípio conhecido como devido processo legal, o qual tem origem na cláusula anglo-saxônica do *due process of law*. Tal princípio representa o direito de deduzir a pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório e a paridade de armas dos participantes.

O devido processo legal foi incorporado pela Constituição da República de 1988 como uma forma de proteção contra a tirania e configura-se pela dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção da liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a plenitude de defesa.

Conforme leciona Freddie Didier Jr.:

A locução *devido processo legal* corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. Law, porém, significa Direito, e não lei (“*statute law*”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não a Lei. (DIDIER JR., Freddie, 2015, p. 63).

Embora o texto constitucional fale, expressamente, em “devido processo legal”, não se pode ver neste princípio uma garantia de que se observará o devido processo da lei. O devido processo que o ordenamento jurídico brasileiro assegura é o devido processo constitucional.

Portanto, conforme lecionado por Didier, o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não a Lei. (DIDIER JR., 2015).

5.1 DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

A definição de devido processo legal deve ser estudada em conjunto com o devido processo constitucional, vez que ambos são os pilares do Estado Democrático de Direito.

O devido processo constitucional é um processo que observa as garantias constitucionais do processo, assim, deve-se entender que tal princípio assegura que o resultado final do processo se produza “sob inarredável disciplina constitucional principiológica” (DIAS, 2004, p. 128).

Em decorrência do devido processo constitucional, surgem a ampla defesa e o contraditório, que devem ser garantidos em todos os processos judiciais e administrativos.

A Constituição da República de 1988 prevê o contraditório e a ampla defesa no inciso LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Se faz necessário estabelecer a diferença entre contraditório e ampla defesa, vez que o contraditório é a oportunidade que deve ser dada igualmente às partes de serem ouvidas no processo. O contraditório se traduz também como forma de paridade de tratamento e liberdade de discussão da causa, requerendo provas, interpondo recursos e apresentando defesa.

A participação no processo e a possibilidade de influência na decisão são vertentes do contraditório. Tais garantias dizem respeito ao direito de ser ouvido, participar do processo, ser comunicado e poder se comunicar.

Conforme explanado por Rosemiro Leal, Fazzalari apresenta o procedimento como uma sequência de normas valoradas, geradoras de condutas em busca de um ato final. Portanto, o procedimento é uma série de “faculdades, poderes e deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas” (FAZZALARI, 2006, p. 114).

A estrutura dialética do procedimento, ou seja, o contraditório, qualifica o procedimento enquanto processo. Dentro do processo as partes dialogam em simétrica paridade de posições, de forma que as normas que definem o processo devem resguardar aos destinatários dos efeitos do provimento final um contraditório equilibrado e igualitário.

O contraditório, em termos fazzalarianos, é verificado na equiparação de poderes entre os interessados processuais, de modo que, o provimento final expedido pelo juiz será válido somente se o conjunto normativo processual estiver regular com a garantia fundamental.

Desta forma, o princípio do contraditório é que o reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. (DIDIER JR., 2015). Portanto, o referido princípio deve ser visto como requisito para o exercício democrático de um poder, conforme enfatiza Rosemiro Pereira Leal:

O princípio do contraditório é referente lógico jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. Daí o direito ao contraditório ter seus fundamentos na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitado pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida. (LEAL, 2008, p. 97).

Por sua vez, a ampla defesa diz respeito ao direito fundamental de ambas as partes se valerem dos meios necessários para o exercício adequado do contraditório. Neste sentido, com a garantia da ampla defesa como princípio institutivo constitucionalizado e, ainda, sendo direito fundamental, assegura às partes apresentar todos os elementos previstos no ordenamento jurídico que visam a construção do provimento final.

Leal define ampla defesa como:

O direito processual garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões” (LEAL, 2008, p. 171).

[...] o princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e isonomia, porque a amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinidade de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elemen-

tos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda aos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. (LEAL, 2009. p. 97).

Observa-se, portanto, que a ampla defesa e o contraditório são princípios conexos, de forma que o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa.

Conforme leciona Leal:

O contraditório constitui uma verdadeira garantia e de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes. (LEAL, 2009. p. 97).

Mas não só às partes se endereçam o contraditório e a ampla defesa. O juiz também deve participar das atividades desenvolvidas no processo, de modo que tenha o mais intenso contato com os elementos constantes dos autos, indispensáveis à correta formação de seu convencimento.

Para que o direito à adequada cognição possa ser regularmente exercida, faz-se necessário que o magistrado motive a sua decisão, apresentando as teses debatidas no curso do processo.

Somente uma decisão construída nos moldes acima apresentados trarão segurança, mesmo ao vencido, porque saberá as razões pelas quais o provimento final não lhe foi favorável.

6 PROPOSIÇÕES A PARTIR DO ESTUDO DE MEDIDAS QUE VISAM A SEGURANÇA JURÍDICA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

A grande marca do tempo atual é a aceleração. Neste caminho adveio a era pós-moderna que trouxe consigo o fenômeno da globalização, que por sua vez, transformou significativamente o contexto social, principalmente no que trata a informação, que quanto mais rápido circula, mais rápido perde sua substância.

Conforme aduzido por Fernando Tavares, Bruno Bini, Érico Casagrande e Zamira de Assis, um dos grandes problemas enfrentados pelos estudiosos, na pós-modernidade, é o que se refere à efetividade do processo. Segundo esses autores, parte da doutrina entende que a ordinariedade é a responsável por conceder direitos de forma morosa, pois a fruição de direitos pelo processo se daria em um tempo além do que se consideraria adequado. (TAVARES, BINI, CASAGRANDE, ASSIS, 2007).

A se seguir essa linha de pensamento, a efetividade fica entendida como um resultado a ser buscado no processo a qualquer custo, com a fruição de direitos dentro do lapso temporal mais célere possível, ainda que se suprimam direitos e garantias constitucionais. E foi com esse intuito de busca incessante pela efetividade como sinônimo de celeridade na chamada "prestação jurisdicional" que se previu as tutelas provisórias no ordenamento jurídico nacional.

Em nome da efetividade do processo, abriu-se mão da segurança do processo com todas as garantias processuais, para que surgissem as tutelas provisórias.

O conceito de efetividade está intimamente relacionado à implementação de direitos fundamentais, o que se dá por meio de um processo que possibilite ampla argumentação em um espaço de tempo adequado. Desse modo, será possível a construção participada da decisão final que afetará as partes, as quais deverão estar em condições de manifestação conforme as garantias constitucionais.

Conforme sustenta Alexandre Freitas Câmara, o direito à razoável duração do processo expresso no texto do Pacto de São José da Costa Rica não implica em abrir mão das “devidas garantias”. A partir deste raciocínio, é possível perceber a proporcionalidade entre a garantia da duração razoável do processo e o princípio do devido processo. (CÂMARA, 2015).

Em suma, o procedimento deve ser o mais rápido possível, sem que haja prejuízos às partes ou riscos às garantias da ampla defesa e do contraditório. O resultado é economia e eficiência, já que é assegurada a produção do máximo de resultados com o mínimo de esforços.

Tem-se, portanto, que o processo deve durar tempo suficiente para resolver o conflito de modo a provocar o menor dano possível às partes. É evidente que existem processos que são mais demorados, porém o que se deve combater é a demora patológica. Também não se pode conceber que a tutela judicial seja dada de forma imediata, ou extremamente rápida, sob pena de ferir a segurança jurídica.

O resultado do processo deve ser alcançado em tempo razoável. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República do Brasil expressamente afirma essa garantia, a qual é reconhecida também em importantes documentos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 8º, 1, estabelece que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA, 1969).

O princípio da segurança jurídica encontra-se espalhado em todo o ordenamento jurídico, como no caso do art. 2º, da Lei nº 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo –, que consagra o princípio da segurança jurídica como norte condutor da Administração Pública brasileira.

Assim, o objetivo é possibilitar aos cidadãos a confiança que o gestor público irá desempenhar seu trabalho de forma a atender todos os anseios da sociedade na Administração Pública.

Conforme sabiamente lecionado por Donizetti, o processo pressupõe uma série de atos e procedimentos, tais como o contraditório e a ampla defesa que impedem a rápida solução do processo. “A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo”. (DONIZETTI, 2013, p. 89).

A concessão *inaudita altera parte* do pedido de tutela de urgência é medida que busca desafogar o Judiciário. Todavia, é capaz de contrariar os princípios constitucionais, já que a parte requerida será subjugada aos interesses da requerente sem dizer, ou contradizer, os pedidos formulados.

As tutelas calçadas em cognição exauriente, portanto, na medida em que dá ampla discussão e valoração dos seus resultados, aparecem como instrumento por excelência do princípio da segurança jurídica. Só se permite a invasão na esfera de direitos do sujeito após ter tido a possibilidade de alegar suas razões, produzindo as provas tendentes a confirmá-las.

A reforma do Judiciário, proposta pela Emenda Constitucional nº 45/2004 está intimamente relacionada à busca de um novo padrão do serviço jurisdicional. Ela faz parte de um grupo de medidas que visam a promoção da justiça. Após tramitar no Congresso Nacional por treze anos, a reforma alterou vinte e cinco artigos da Constituição da República e trouxe inovação aos procedimentos judiciais, com o intuito da promoção da celeridade, e também para informatização do judiciário, que marca o início do incentivo efetivo do aumento do uso de novas tecnologias no processo judicial.

Com a edição da Emenda Constitucional nº45/04 o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal passou a abarcar a razoável duração do processo como garantia constitucional, com o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Dentre as diversas alterações no texto constitucional trazidas pela referida emenda, destaca-se a criação do Conselho Nacional e Justiça, órgão integrante do Judiciário que possui a atribuição de controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A criação do CNJ auxiliou na consolidação do Estado Democrático de Direito, impondo medidas corretivas visando a melhoria e eficiência dos serviços públicos. Desta forma, o CNJ recebe reclamações contra membros do Judiciário, podendo avocar processos disciplinares, determinar a remoção e aplicar sanções administrativas.

Outra mudança trazida pela EC nº 45/2004 foi a criação do requisito da *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso* para o conhecimento do Recurso Extraordinário. Essa importante regra evita que o Supremo Tribunal Federal julgue questões de menor relevância, como forma a filtrar a quantidade de processos que chegam à Corte.

Além disso, surge a obrigação de distribuição automática de processos tanto no Judiciário quanto no Ministério Público (art. 93, XV e 129 §5º, CR/88). Tal medida pode ser mais bem efetivada, nos dias de hoje, por conta dos meios de informatização que aceleram os serviços dos cartórios das Varas.

Por fim, outra inovação extremamente importante para promoção do acesso à justiça foi a determinação de que o número de juízes fosse proporcional à efetiva demanda e à respectiva população (art. 93, XIII). Tal medida é essencial para a efetivação da razoável duração do processo, na medida em que elimina um déficit histórico do Judiciário brasileiro, que sempre esteve aquém na proporção entre habitantes e juízes.

Outra solução, conforme Tavares et al., seria a sumarização do procedimento. Para ser efetiva e legal, a tutela jurisdicional necessita que sejam cumpridos os prazos legais estabelecidos no Código de Processo Civil. Contudo, podem ser eliminados os espaços de tempo sem movimentação procedimental, de modo a sumarizar o procedimento. (TAVARES, BINI, CASA-GRANDE, ASSIS, 2007).

Desta forma o processo duraria o tempo necessário para o debate argumentativo das partes, a participação destas em todas as etapas procedimentais e a construção de um provimento com bases democráticas, disciplinado pela Constituição.

7 CONCLUSÃO

A análise da celeridade do processo advém das mudanças que ocorreram no mundo, com observação mais próxima de fenômenos pós-modernos, como a globalização. O que foi trazido com a Emenda Constitucional 45, dá *status* de direito fundamental a razoável duração processual.

A constitucionalização do Direito, fez a Constituição de 1988 passar a exercer um papel central na interpretação dos fenômenos jurídicos, exigindo que todos os institutos sejam objeto de uma filtragem constitucional. Desta forma, passa-se a exigir que a prestação jurisdicional se dê mediante um devido processo constitucional. A produção de resultados jurisdicionais que não sejam o fruto desse devido processo compromete a legitimidade do processo.

A fim de que os provimentos sejam cada vez mais legítimos, é necessário que cada vez mais se desenvolva uma cultura democrática e constitucional do processo. Caso contrário, a atividade jurisdicional passaria a ser autoritária em um Estado Democrático de Direito.

A partir da análise da garantia constitucional da razoável duração do processo conjuntamente com as garantias decorrentes do devido processo legal, conclui-se que o processo não pode ser demasiado moroso, mas não há como este se evidenciar de modo instantâneo, devido aos conteúdos e fatos buscados.

Pode-se afirmar, portanto, a cognição sumária só será legítima quando precedida do devido processo que, para ser efetivo, dependerá da observância do adequado tempo de tramitação (por todos os envolvidos), a fim de que princípios constitucionais do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) sejam observados.

A fim de minimizar a morosidade judiciária, a EC nº 45/2004 trouxe diversos mecanismos visando à razoável duração do processo. Tais medidas têm ajudado a alcançar este objetivo sem qualquer prejuízo aos direitos constitucionais.

Portanto, o que pode ser feito é a sumarização do procedimento, que ao contrário da sumarização da cognição, se respeitam os direitos e garantias fundamentais. Ao sumarizar o procedimento, não há a sobreposição da celeridade sobre o contraditório e ampla defesa.

Ainda há muito que ser feito para que a Justiça seja efetivamente célere, mas com a utilização desses novos mecanismos poderá ser possível ao menos garantir a razoável duração do processo. O Estado Democrático de Direito não coaduna com a busca por decisões rápidas que ofendam princípios constitucionais (decisões supostamente justas), mas garante legítimos provimentos, construídos com a participação dos interessados pelo devido processo.

Portanto, a efetividade e razoável duração do processo devem ser conquistadas sem que seu caminho seja por meio de medidas contrárias aos princípios constitucionais, estes que foram conquistados após séculos de luta contra a tirania e a arbitrariedade ao longo da história da humanidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Priorização do 1º grau de jurisdição - Dados Estatísticos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 16 abr. 2019.
- CAMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do Devido Processo Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 17-33, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99801>. Acesso em: 21 abr. 2019.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. 2015. Salvador: Juspodivm. 2015. v. 1.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. 2015. Salvador: Juspodivm. 2015. v. 2.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERRAND, Frédérique. *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*. In: International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014. Seul: IAPL, 2014.
- FORTES, Rafael Costa. Informatização do Judiciário e o processo eletrônico. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2374, 31 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14101>. Acesso em: 28 abr. 2019.
- FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. *A impostergável reconstrução principiológicoconstitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo, J. Bushatsky, 1975.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *Virtus-jus*. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito. v. 3, nº 1, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2008.
- LENZA, Pedro. Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6463>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório. *Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*. v.1 jan./jun. 2004.
- POMPEU, Plauto Rino. *A inconstitucionalidade da antecipação da tutela inaudita altera parte*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em direito processual. 2007 – 2009.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SILVA, Luis Fernando Alves. *Considerações críticas à Súmula Vinculante nº 5*. Orientador: André Del Negri. Universidade de Uberaba. Especialização em Direito Processual Democrático. Minas Gerais, 2009-2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro. *Direitos Humanos e Processo Civil*. Revista nacional de direito e jurisprudência, Ribeirão Preto, v. 64, p. 11-34, 2005.

TAVARES, Fernando Horta. *et. al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/bruno_ferreira_bini_de_mattos.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. II.

Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Revista dos Tribunais, 1987.

A large, light blue, stylized number '5' is centered on the page. It has a thick, blocky font with a slight shadow effect. The number is positioned behind the text.

DO PROCESSO DE
EXECUÇÃO

5.1

A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA (IM)POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E PASSAPORTE DO DEVEDOR

LUIZ CARLOS NATAN TRINDADE¹

JESSICA SÉRIO MIRANDA²

IVAN DIAS DA MOTTA³

RESUMO:

O presente artigo pretende analisar a aplicação das medidas atípicas no processo de execução, especialmente quanto à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão de passaporte do devedor. A atipicidade das medidas executivas ganhou destaque, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, principalmente pela redação do art. 139, IV, que prevê verdadeira cláusula geral executiva. Após a abordagem das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, com a utilização do método hipotético dedutivo, aponta-se a importância da análise casuística para avaliação da razoabilidade e proporcionalidade da medida, na busca da efetiva satisfação executiva.

PALAVRAS-CHAVE: Processo de execução. Medidas atípicas. Artigo 139, inciso IV, do CPC. Apreensão de CNH e passaporte. Divergência doutrinária e jurisprudencial.

1 Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: luizcarlostrindade22@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8593168156179344>.

2 Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Assessora Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Associada Pesquisadora Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Parecerista Periódicos Qualis CAPES. E-mail: jessica-serio500@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8332541440237592>.

3 Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, graduação em Gestão Pública pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor t-40 (regime integral) do Centro Universitário de Maringá, avaliador *ad hoc* do Instituto Nacional de Estudos, diretor de assuntos legislativos da Associação Brasileira de Ensino do Direito e associado colaborador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. E-mail: ivan.motta@unicesumar.edu.br. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1508111127815799>.

Como citar o presente artigo científico:

TRINDADE, Luiz Carlos Natan; MIRANDA, Jessica Sérgio; MOTTA, Ivan Dias da. A atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil: da (im)possibilidade de apreensão de carteira nacional de habilitação e passaporte do devedor. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 120-132.

ABSTRACT:

The present article intends to analyze the application of atypical measures in the execution process, especially regarding the suspension of the National Driver's License and the seizure of the debtor's passport. The atypical nature of executive measures gained prominence with the Civil Procedure Code of 2015, mainly due to the wording of art. 139, IV, which contains a true general executive clause. After addressing doctrinal and jurisprudential divergences on the topic, using the hypothetical deductive method, the importance of a case-by-case analysis is highlighted to assess the reasonableness and proportionality of the measure, in the search for effective executive satisfaction.

KEYWORDS: Execution process. Atypical measures. Article 139, item IV, of the CPC. Seizure of CNH and passport. Doctrinal and jurisprudential divergence.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca compreender a atipicidade dos meios executivos, ou seja, aplicação de medidas que não estão tipificadas para que se busque a efetividade da tutela executiva. Além disso, serão apresentados os entendimentos divergentes na doutrina e nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sobre a possibilidade da aplicação de medidas atípicas como meio para compelir o devedor ao adimplemento de sua obrigação, em especial a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte do devedor.

Os meios executivos atípicos ganharam destaque, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, e têm sido aplicados por força do inciso IV, do artigo 139, reconhecido como uma cláusula geral aberta, que autoriza o magistrado a aplicar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para o cumprimento da ordem judicial.

Se, por um lado, argumenta-se tratar de técnica que afronta princípios do ordenamento jurídico brasileiro, por outro, estar-se-ia diante de meios para dar efetividade aos procedimentos executivos, que representam, atualmente, significativa parcela dos processos em tramitação, em razão da ineficiência das medidas típicas usualmente utilizadas.

Por meio do método hipotético-dedutivo, utilizando-se da pesquisa qualitativa bibliográfica, em livros, artigos científicos e dissertações, bem como julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, busca-se analisar as divergências de entendimentos, inclusive a adequação das medidas com os institutos basilares do ordenamento jurídico e a importância da análise de cada caso concreto.

Diante do exposto, no primeiro capítulo, serão abordados os procedimentos executivos e as diversas espécies de medidas típicas já utilizadas pelos magistrados para satisfação da pretensão do exequente.

No segundo capítulo, apresentar-se-á análise acerca das medidas atípicas aplicadas no processo executivo, apontando sua importância para a efetividade do procedimento executivo, tendo em vista a ineficiência dos meios típicos.

No terceiro capítulo, pretende-se examinar a possibilidade de aplicação da técnica de apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e do passaporte do devedor, apontando a exis-

tência de divergências de entendimentos doutrinários e em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a respeito do tema.

Ressalta-se que a importância de tal pesquisa é aprofundar a respeito das medidas executivas aplicadas ao caso concreto, buscando fornecer meios para que o Juiz ao decidir a respeito da aplicação de uma medida, busque satisfazer a pretensão executiva, assegurando o direito do exequente, como também a precaução para que não haja violação de direitos fundamentais do executado.

2 DOS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS

O processo de execução tem como precípua função fazer com que a pretensão executiva seja adimplida e o credor alcance o bem pretendido, sendo a satisfação por parte do exequente o maior embasamento do procedimento executivo.

Segundo Bruno da Silva Madeira, "a atividade jurisdicional pode ter um caráter de satisfação, seja do direito anteriormente declarado pelo próprio Estado-Juiz, seja de obrigações pactuadas na sociedade e inadimplidas no âmbito privado. A esta atividade, se dá o nome de *processo de execução*." (MADEIRA, 2019, p.16).

Para tanto, é imprescindível a existência de um título executivo, que estabeleça obrigação certa, líquida e exigível⁴. Deste modo, "[...] o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva." (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2020, p. 267-268).

O procedimento executivo rege-se, portanto, pelo princípio da *nulla executio sine titulo* (não há execução sem título), o qual está intimamente ligado ao princípio da *nulla titulus sine lege* (não há título sem lei), pelo qual somente a lei regulamenta de forma taxativa o que seria título executivo.

Segundo a lei processual civil, o título pode ser de natureza judicial ou extrajudicial. Os títulos judiciais, elencados taxativamente no art. 515 do Código de Processo Civil⁵, têm por característica a decisão no âmbito do Poder Judiciário, sendo possível deduzir que houve decisão judicial determinando uma prestação executiva, que deve ser satisfeita pelo devedor. A partir da vigência do Código Processual Civil de 2015, a parte exequente de título executivo judicial não precisa iniciar novo processo autônomo para que a tutela executiva seja adimplida, tendo em vista a adoção do modelo de processo sincrético, no qual o exequente, com apenas um requerimento, solicita ao magistrado que intime o executado para cumprir a obrigação reconhecida judicialmente.

4 O art. 783 do CPC/2015 assim estabelece: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível." (BRASIL, 2015).

5 O art. 515 do CPC descreve como título executivo judicial: I: As decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II: A decisão homologatória de autocomposição judicial; III: A decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV: O formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V: O crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI: A sentença penal condenatória transitada em julgado; VII: A sentença arbitral; VIII: A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX: A decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2015).

Por outro lado, os títulos extrajudiciais, previstos de forma exemplificativa no art. 784 do diploma processual civil⁶, decorrem de negócio jurídico realizado entre as partes, no qual foram previstas obrigações posteriormente descumpridas por uma delas. Neste caso, a satisfação da tutela executiva pode ser buscada através de processo autônomo de execução.

A atuação judicial para efetivação da tutela jurisdicional executiva é exercida por diferentes medidas, aplicadas, de acordo com cada caso concreto, em prol da solução da crise de satisfação, quando o executado não colabora com a execução, se furtando ao cumprimento da obrigação.

As medidas executivas, diretas e indiretas, previstas no CPC de 2015 estão regulamentadas no art. 139, inciso IV, objeto do tema central deste estudo, sendo classificadas como: medidas indutivas, medidas coercitivas, medidas mandamentais e medidas sub-rogatórias (BRASIL, 2015).

As medidas sub-rogatórias são medidas diretas, aplicadas para que a pretensão executiva seja realizada independente da postura do executado em relação ao cumprimento da obrigação. São medidas típicas previstas em lei, por meio das quais, o Estado-Juiz busca satisfazer o direito do exequente, a exemplo da busca e apreensão.

Já as medidas coercitivas são meios indiretos de compelir o executado ao cumprimento da obrigação, por meio de pressão psicológica, com o maior objetivo de convencê-lo a cumprir a obrigação. Podem ser de cunho patrimonial, a exemplo da multa, que torna mais onerosa a obrigação originalmente imposta, ou de cunho pessoal, tal como a prisão civil.

Situação diferente ocorre em relação às medidas indutivas, também chamadas oferta de melhora, em que ocorre uma sanção premial pelo julgador, tornando mais atraente e menos onerosa a satisfação da pretensão executiva, a exemplo da isenção de custas e parcelamento do débito.

Por fim, a medida mandamental é atrelada a uma ordem dirigida pelo magistrado para o cumprimento de obrigação, podendo seu descumprimento gerar medida mais agressiva ou outras medidas já que ela não se tornou efetiva para o caso concreto (VIEGAS; SOARES, 2019).

Não obstante as medidas típicas, previstas em lei, para compelir a execução da obrigação imposta, da análise dos dados do Justiça em Números de 2019, relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, se constata que, no âmbito da Justiça Estadual, dos mais de 62 milhões de processos pendentes no final do ano de 2018, aproximadamente 35 milhões se referem a execuções (BRASIL, 2019).

A evidente ineficiência das medidas típicas abriu espaço ao surgimento do fenômeno da atipicidade dos meios executivos, tendo em vista que, por estarem taxadas em lei as medidas

6 Já os títulos extrajudiciais têm previsão no art. 784 do CPC, que arrola: I: a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II: a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III: o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV: o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V: o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI: o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII: o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII: o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX: a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X: o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI: a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII: todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (BRASIL, 2015)

aplicáveis, permitia-se que aqueles que não quisessem cumprir com suas obrigações pudessem, de certa forma, antecipar suas defesas ou praticar atos que impossibilitassem o cumprimento da obrigação e a satisfação do direito do exequente, tornando assim a execução mais previsível e menos eficiente.

A possibilidade de aplicação de meios atípicos para que a tutela executiva fosse satisfeita já se encontrava presente no Código de Processo Civil de 1973. Contudo, tal possibilidade era prevista apenas nos casos em que a pretensão do exequente se restringia a tutela executiva de fazer ou não fazer (art. 461, do CPC de 1973)⁷.

Deste modo, especialmente a partir do CPC de 2015, que trouxe verdadeira cláusula geral executiva, as medidas atípicas ganharam força, como se verá no próximo capítulo.

3 MEDIDAS ATÍPICAS PARA O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES NO PROCEDIMENTO EXECUTIVO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador de forma clara ampliou a possibilidade de utilização de técnicas executivas atípicas, trazendo cláusula geral de efetivação das ordens judiciais.

Segundo revelam José Leite dos Santos Neto e Ubirajara Coelho Neto, o CPC, ao colocar os meios atípicos de cobrança no capítulo “Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz”, inegavelmente conotou significado mais expressivo a essa norma, já que seu alcance chega a todo e qualquer provimento judicial, não mais se restringindo a uma determinada fase do processo e em uma tutela chamada específica (SANTOS NETO; COELHO NETO, 2018, p. 34).

O princípio da atipicidade das medidas executivas está previsto em três enunciados normativos do CPC: artigo 139, inciso IV, artigo 297 e o § 1º do artigo 536 (DIDIER JÚNIOR et al, 2017b), a seguir transcritos para melhor compreensão:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[...]

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

[...]

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para

⁷ Previo o art. 461 do CPC de 1973: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. (BRASIL, 1973).

a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (BRASIL, 2015).

Diante da análise dos dispositivos, pode-se concluir que essas cláusulas gerais são aplicadas na execução como um todo, independente da origem do título (títulos judiciais ou extrajudiciais) ou mesmo da obrigação exequenda (seja fazer ou não fazer, entregar coisa distinta de dinheiro, inclusive em prestações pecuniárias), ou seja, tanto medidas diretas quanto medidas indiretas atípicas podem ser aplicadas para a satisfação da tutela executiva, observando-se as peculiaridades de cada tipo de prestação.

Neste sentido, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) divulgou, durante o seminário 'O Poder Judiciário e o novo CPC', o Enunciado nº 48, segundo o qual "o art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais" (ENFAM, 2015).

Trata-se de grande mudança para que se busque a tutela executiva, tendo em vista que anteriormente não era possível a aplicação de medidas atípicas para satisfação de obrigação de pagar quantia.

Embora tenha havido inegável expansão quanto à aplicação dos meios executivos atípicos, necessário se faz atentar para a subsidiariedade das medidas atípicas em relação às típicas, conforme esclarece o Enunciado nº 12 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis:

(arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (FLORIANÓPOLIS, 2017).

Também neste sentido, pontua Diandra Gradin Schaun que "as medidas executivas atípicas não podem ser aplicadas de maneira indiscriminada, logo, devem ser subsidiárias e excepcionais, pressupondo o esgotamento das medidas típicas e a possibilidade de cumprimento da obrigação" (SCHAUN, 2018, p. 63).

Pode-se concluir que tais medidas atípicas devem ser aplicadas de forma subsidiária, ou seja, após a ineficiência decorrente da utilização das medidas típicas, sempre por meio de decisão fundamentada e com observância do contraditório, por se tratarem de princípios informadores do devido processo legal⁸.

8 Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a concepção de devido processo legal é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: o direito de ação (direito de postular a jurisdição); o direito de ampla defesa; o direito ao advogado ou ao defensor público; o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório paritário; o direito à produção da prova; o direito ao processo sem dilações indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa. (BRÊTAS, 2018, p. 114-115).

Ademais, tendo em vista a inexistência de requisitos legais para adoção de medidas atípicas – diferentemente do que ocorre nos casos das medidas típicas, que possuem requisitos parametrizados pela própria lei – deve o magistrado orientar-se pelos postulados da proporcionalidade e razoabilidade⁹, para que a medida eficaz seja aplicada.

Além destes, de modo geral, a escolha deve pautar-se no postulado da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução. (DIDIER JÚNIOR et al, 2017, p. 111).

A medida aplicada deve encontrar perfeita compatibilidade entre os meios e os resultados almejados, não podendo o magistrado determinar medida mais gravosa ao devedor, lhe trazendo sérios prejuízos, quando existentes meios menos onerosos e mais eficazes.

Neste aspecto, Maurício Pereira Doutor ressalta a necessidade de reavaliação periódica da medida, devendo ser mantida apenas na hipótese de manutenção da capacidade de coerção. Quando não mais contar com essa aptidão, deve ser modificada ou substituída, de maneira a conservar o caráter executório, evitando-se, assim, que assuma feição punitiva pelo inadimplemento (DOUTOR, 2019, p. 100-101).

Assim, conclui-se que o meio executivo definido pelo juiz deve ser adequado para que se atinja a tutela buscada pelo exequente, causando da menor forma possível restrições ao executado, ou seja, solucionando o litígio através de uma medida que atenda os conflitos contrapostos, de forma proporcional e razoável.

4 APREENSÃO DE CNH E PASSAPORTE COMO MEDIDA EXECUTÓRIA ATÍPICA: DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS

Grande polêmica, que surgiu no ordenamento jurídico, foi a possibilidade de apreensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte do executado, como formas indiretas para compeli-lo ao cumprimento da obrigação, por força da cláusula geral prevista no art. 139, inciso IV, do CPC (BRASIL, 2015).

O tema suscitou grande divergência entre os operadores do direito. A crítica por parte daqueles que defendem não ser possível a aplicação de tais medidas parte do fato de que ela confrontaria direitos fundamentais previstos na Constituição da República (BRASIL, 1988), pois a apreensão da CNH ou o passaporte do executado, de certa forma, restringe a liberdade do indivíduo.

Segundo Madeira, a discussão a respeito da aplicação das medidas executivas atípicas, dispostas no inciso IV do art. 139 do CPC/15, notadamente sob o prisma da constitucionalidade, tem fundamento na ideia de que se trata de extrapolação do princípio da responsabilidade patrimonial do executado, configurando verdadeira incursão indevida e radical na esfera de direitos do devedor, o que não seria admitido pela Carta Magna (MADEIRA, 2019, p. 88).

⁹ Nas palavras de Humberto Ávila, “[...] os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas” (p. 89). Assim, “enquanto a doutrina refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios, ora como regras” (p. 19), Ávila propõe uma nova categoria, a dos postulados normativos aplicativos (ÁVILA, 2005).

Nesta linha, ressalta-se a gravidade de tais medidas, diante do confronto com princípios fundamentais, pois a retenção de tais documentos, de uma forma ou outra, restringiria a liberdade do executado, ferindo assim, o direito de ir e vir:

De todo modo, entendemos que não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária.

Essas não são medidas adequadas ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) - não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geram, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como forma de punição do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial - e as cláusulas gerais executivas não autorizam a utilização de meios sancionatórios pelo magistrado, mas apenas de meios de coerção indireta e sub-rogatórios (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2020, p. 119).

Alexandre Freitas Câmara acrescenta, ainda, que tais medidas ou técnicas possuem apenas a finalidade de buscar a extinção da crise executiva, e nada mais, não podendo, tais medidas, soarem como forma de punição ao devedor. O autor esclarece que:

Por isso são inaceitáveis decisões que determinam a apreensão de passaporte do devedor (que ficaria, com isto impedido de viajar a trabalho) ou a suspensão da inscrição do devedor no cadastro de pessoas físicas - CPF -, o que impediria o devedor de praticar atos corriqueiros no cotidiano das pessoas, como se inscrever em concurso público ou fazer declaração de imposto de renda. Estes são exemplos de decisões que foram proferidas (de verdade) nos primeiros meses de vigência do CPC/15, e que mostra a importância de serem bem fixados os limites - e os objetivos - do poder do juiz que está previsto no inciso IV do art. 139. (CÂMARA, 2017, p. 110- 113).

Já aqueles que entendem ser plausível a aplicação das medidas executivas atípicas partem do pressuposto de que não caracterizam ofensa ao direito de locomoção, ao mesmo tempo em que prestigiam a efetividade e a razoável duração do processo.

Neste sentido, Thiago Rodvalho argumenta a possibilidade de suspensão da CNH do devedor, tendo em vista que "dirigir veículos automotores é direito do cidadão, mas não se confunde com os direitos fundamentais e social de ir-e-vir e ao transporte", excetuados os que usam o veículo como instrumento de trabalho. Quanto à apreensão do passaporte, também entende viável, por se tratar de "direito de ir e vir de amplitude especial", que pressupõe condição financeira que o devedor diz não possuir (RODOVALHO, 2016).

Para Luiz Dellore, medidas como restrição ao direito de dirigir e apreensão de passaporte, dentre outras que deverão ser observadas a cada caso, "são permitidas pelo sistema do NCPC e, em regra, não violam direitos fundamentais do devedor", possuindo "o condão de fazer com que o executado que tem recursos, diante dessas medidas coercitivas, pague o débito, trazendo sucesso à satisfação do crédito" (DELLORE, 2017).

Daniel Amorim Assumpção Neves defende que a aplicação da técnica executiva suspensiva de CNH deve ser analisada no caso concreto, pois cada um possui sua peculiaridade. Deste modo, afirma que o juiz "não pode, por exemplo, determinar a suspensão da habilitação

de devedor que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus)”. (NEVES, 2018, p. 1.076).

A aplicação das medidas atípicas, seja apreensão de CNH ou suspensão de passaporte, é tema ainda capaz de gerar grande insegurança no ordenamento jurídico. Tal como ocorre no campo doutrinário, no âmbito jurisprudencial é possível verificar a existência de decisões conflitantes e divergentes, seja pela peculiaridade do caso concreto, seja pela interpretação aplicada em relação às medidas atípicas.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento aplicado pela Quarta Turma na decisão do Habeas Corpus 97876/SP (BRASIL, 2018) considerou que, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional, sob pena de ser considerada contrária à ordem jurídica.

Assim, embora tenha considerado a apreensão do passaporte do devedor medida coercitiva não possível de ser aplicada naquele caso, por limitar a liberdade de locomoção, significando constrangimento ilegal e arbitrário, deixou brechas ao mencionar que o “reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica”, podendo eventualmente ser utilizada, “desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência”. (BRASIL, 2018).

Foi o que ocorreu no caso do ex-jogador de futebol Ronaldo de Assis Moreira, mais conhecido como Ronaldinho Gaúcho. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do Habeas Corpus 478963/RS, entendeu pela possibilidade de apreensão do passaporte dos pacientes, por se tratarem de pessoas públicas que, embora possuíssem totais condições de adimplir com a obrigação devida nos autos do cumprimento de sentença, adotaram ao longo do processo conduta evasiva e não cooperativa (BRASIL, 2019a).

O cabimento da adoção de meios executivos atípicos, também restou confirmado pela Terceira Turma do STJ, desde que existam indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável e que tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão fundamentada, com observância do contraditório substancial e da proporcionalidade. Assim, na análise do caso concreto (REsp n. 1788950/MT), entendeu-se pela impossibilidade de adoção das medidas atípicas, tendo em vista a ausência de sinais de que o devedor estivesse ocultando patrimônio, mas sim de que não possuía, de fato, bens aptos a serem expropriados (BRASIL, 2019b).

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a aplicação das medidas executivas atípicas de suspensão da CNH e apreensão de passaporte é majoritariamente afastada, considerando-se meios desarrazoáveis e desproporcionais para a satisfação do débito¹⁰.

10 TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0324.02.004607-8/001, Relator(a): Des.(a) Maria das Graças Rocha Santos (JD Convocada), 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/02/2020, publicação da súmula em 12/02/2020; TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.015993-9/001, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/08/2019, publicação da súmula em 12/08/2019.

A matéria, contudo, não se encontra totalmente pacificada no Tribunal Mineiro. Ainda que de forma minoritária, verifica-se a ocorrência de entendimentos divergentes, que admitem a aplicação das medidas, a exemplo das ementas que seguem:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - MEDIDAS COERCITIVAS - ART. 139, IV, CPC - CANCELAMENTO DE CNH, PASSAPORTE E CARTÃO DE CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE. Não havendo uma relação direta entre as medidas pleiteadas pelo exequente e o cumprimento da obrigação de pagar, deve-se reconhecer a sua ineficácia ao fim pretendido pela Execução. As medidas pleiteadas pelo exequente de cancelamento da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito dos executados não se mostram úteis ao fim que se pretendem, na medida em que apenas restringem os direitos individuais da parte executada sem assegurar o pagamento do débito. V.V. A determinação de suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte constituem medidas coercitivas hábeis a assegurar o cumprimento da obrigação assumida pelos executados há mais de quinze anos e seguem os ditames do art. 139 do CPC/15. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0079.06.248612-5/001, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/11/0019, publicação da súmula em 27/11/2019).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. APREENSÃO DE PASSAPORTE. SUSPENSÃO DA CNH. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Conforme art. 139, IV, incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Entretanto, não comprovados atos capazes de prejudicar o adimplemento de eventual dívida contraída, o pedido de apreensão de passaporte, suspensão da CNH e bloqueio do cartão de crédito, não deve ser deferido porque atingem os direitos fundamentais do agravado. V.V. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - MEDIDA COERCITIVA - SUSPENSÃO CNH E BLOQUEIO CARTÃO DE CRÉDITO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC - O artigo 139, IV do CPC prevê que o magistrado adote as medidas coercitivas, mandamentais, indutivas e sub-rogatórias cabíveis ao cumprimento da obrigação. - Constando-se a morosidade da execução e a ausência de satisfação do crédito, é cabível a suspensão da CNH e bloqueio dos cartões de crédito visando o cumprimento obrigacional, devendo a medida ser analisada caso a caso. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0707.99.012435-6/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/09/0019, publicação da súmula em 27/09/2019).

Diante da notória divergência de entendimentos, seja doutrinária, seja jurisprudencial, é fundamental a compreensão de que a análise do fenômeno da atipicidade dos meios executivos, especialmente no que se refere à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão do passaporte do devedor, não pode ser simplificada e relegada a um entendimento fixo e rígido, seja pela possibilidade de sua aplicação, seja pelo seu afastamento. Isso porque a análise casuística pode, eventualmente, revelar a razoabilidade e proporcionalidade da medida, demonstradas pela adequação e necessidade, para atingimento da satisfação executiva, configurando-se, nesta hipótese, importante instrumento de efetividade a cargo do magistrado.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo estabeleceu o objetivo de compreender as medidas executivas atípicas no processo de execução, analisando suas características e peculiaridades diante dos vários entendimentos conflitantes a respeito deste tema que ganha mais destaque.

Desta forma, entende-se que a atipicidade dos meios executivos já se encontra presente em nosso ordenamento desde a vigência do anterior Código de Processo Civil de 1973, ainda que não contasse com tamanha amplitude. Com a vigência do CPC de 2015, a aplicação das medidas atípicas surge com maior destaque diante da previsão do artigo 139, IV, do diploma processual civil, que se traduz em verdadeira cláusula geral executiva. Assim, a atipicidade das medidas executivas tem respaldo jurídico, autorizando sua aplicação em todo processo de execução, seja no cumprimento de sentença, seja na execução de título executivo extrajudicial, como também em todo tipo de pretensão executiva, seja obrigação de pagar, entregar coisa distinta de dinheiro, fazer ou não fazer.

Importante salientar que os meios atípicos devem ser aplicados de forma subsidiária, fazendo-se necessária a aplicação das técnicas típicas para, somente então, se passar à análise da possibilidade de utilização de medidas atípicas que se encaixam ao caso concreto, especialmente quando a pretensão executiva se basear em obrigação em pecúnia.

Outrossim, o meio atípico aplicado pelo juiz deve se adequar ao caso concreto, atingindo o resultado que se busca, seguindo os critérios da adequação, sendo tal medida a mais eficaz a atender os interesses contrapostos, fazendo ponderação dos princípios fundamentais de modo que tal medida seja realmente necessária e proporcional, além de trazer toda fundamentação do motivo que lhe fez adotar tal determinação, verificando a compatibilidade com os preceitos fundamentais.

Diante disso, a atuação do magistrado e a compreensão do caso concreto é de suma importância, devendo ser observados certos parâmetros para que tal medida não fuja de sua finalidade essencial, evitando-se o atropelo dos princípios fundamentais, como o direito de ir e vir e a menor onerosidade processual.

Por fim, acredita-se não ser possível, como regra, a aplicação das medidas atípicas de apreensão de CNH e de passaporte do devedor, por se tratarem de meios excessivos, que podem não proporcionar qualquer ganho de efetividade na busca da satisfação executiva. Não obstante, as medidas podem, excepcionalmente, se configurar adequadas e necessárias a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, pelo que a análise concreta das particularidades de cada demanda é imprescindível para a eventual aplicação das medidas executivas atípicas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília, DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 97876/SP*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 09/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801040236&dt_publicacao=09/08/2018. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus n. 478963/RS*, Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 14/05/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 21/05/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803024992&dt_publicacao=21/05/2019. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n. 1788950/MT*, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/04/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 26/04/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803438355&dt_publicacao=26/04/2019. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DELLORE, Luiz. *NCPC: Atipicidade das medidas executivas já é realidade*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ncpc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-erealidade-17042017>. Publicado em: 17 abr. 2017. Acesso em: 19 abr. 2020.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 5.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, vol. 267, maio/2017, p. 227-272.

DOUTOR, Maurício Pereira. *Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação*. 2019. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://www.prrpg.ufpr.br/signa/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=57575&idprograma=40001016017P3&anobase=2019&idtc=124>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS - ENFAM. *O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Enunciados Aprovados*. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83ODEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

MADEIRA, Bruno da Silva. *Medidas Executivas Atípicas: análise crítica sobre a relevância e aplicação do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil para a efetividade da prestação jurisdicional na obrigação de pagar quantia certa*. 2019. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22419/2/Bruno%20da%20Silva%20Madeira.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Agravo de Instrumento n. 1.0324.02.004607-8/001*, Relatora Desembargadora Maria das Graças Rocha Santos (JD Convocada), julgado em 12/02/2020, publicado no Diário de

Justiça eletrônico de 12/02/2020). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=17&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=apreens%E3o%20passaporte%20suspens%E3o%20cnh&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Agravo de Instrumento n. 1.0000.19.015993-9/001*, Relator Desembargador José Flávio de Almeida, julgado em 07/08/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 12/08/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=17&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=apreens%E3o%20passaporte%20suspens%E3o%20cnh&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Agravo de Instrumento n. 1.0079.06.248612-5/001*, Relator Desembargador Arnaldo Maciel, julgado em 26/11/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 27/11/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=12&totalLinhas=17&paginaNumero=12&linhasPorPagina=1&palavras=apreens%E3o%20passaporte%20suspens%E3o%20cnh&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Agravo de Instrumento n. 1.0707.99.012435-6/001*, Relator Desembargador Newton Teixeira Carvalho, julgado em 26/09/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 27/09/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=15&totalLinhas=17&paginaNumero=15&linhasPorPagina=1&palavras=apreens%E3o%20passaporte%20suspens%E3o%20cnh&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 30 abr. 2020.

RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos*: uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartões. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-necessario-dialogoentre-doutrina-ejurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Publicado em: 21 set. 2016. Acesso em: 18 abr. 2020.

SANTOS NETO, José Leite dos; COELHO NETO, Ubirajara. Os meios executivos atípicos e a proporcionalidade. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018, p. 20-40.

SCHAUN, Diandra Gradin. *Os limites do poder geral de efetivação*: um dilema entre o direito fundamental à execução e a dignidade humana do executado. 2018. 70f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Diandra%20Gradin%20Schaun.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

TRINDADE, Luiz Carlos Natan; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; RODRIGUES, Guilherme Scarpellini. SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO COMO MEDIDA EXECUTÓRIA ATÍPICA. In: XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – PORTO ALEGRE. *Pôsteres aprovados dia 15 de novembro*. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 15 de nov. 2018. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/10/DIVULGA%C3%87%C3%83O-bloco-1.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SOARES, Felipe Martins de Oliveira. As medidas atípicas como meio de efetivação das tutelas executivas. *Revista dos Tribunais*, v. 1005/2019, jul. 2019, p. 189-219.

5.2

A (IM)PENHORABILIDADE SALARIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

GABRIELA DE VASCONCELOS SOUSA¹

LUCIANA LEAL PENA²

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS³

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a penhora salarial, nos termos da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1518169/DF, viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A hipótese adotada é que o salário deve ser impenhorável, pois trata-se de verba de caráter alimentar e, portanto, garante a subsistência do cidadão. Como marco teórico, cabe citar o professor Marcos Destefenni, que defende a impenhorabilidade do salário, a fim de que seja preservado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O método adotado foi o hipotético-dedutivo, fundamentado na norma jurídica, jurisprudências e doutrinas sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Impenhorabilidade salarial. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Teoria do Mínimo Existencial. Ativismo judicial. Insegurança jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to analyze whether the wage garnishment, under the terms of the decision issued by the Superior Court of Justice in REsp 1518169 / DF, violates the Principle of Human Dignity. The hypothesis adopted is that the salary must be unaffordable, since it is a food allowance and, therefore, guarantees the citizen's subsistence. As a theoretical framework, it is worth mentioning Professor Marcos Destefenni, who defends the wage immunity, in order to preserve the Principle of Dignity of the Human Person. The method adopted was hypothetical-deductive, based on legal norms, jurisprudence and doctrines on the subject.

1 Graduada em Direito e Mestranda pela Universidade FUMEC. Advogada atuante em Belo Horizonte. E-mail: gabrielavsousa@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5211825530483081>.

2 Advogada. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduada *lato sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CAD – FUMEC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: lucianalpadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1454378249835658>.

3 Sócio-fundador da PMRS Advocacia e Consultoria. Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diplomado no Curso de Relações Internacionais do Instituto Legislativo Brasileiro (Senado Federal). Professor universitário e pesquisador. E-mail: paulo.marcao@fumec.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117691847816487>.

Como citar o presente artigo científico:

SOUSA, Gabriela de Vasconcelos; PENA, Luciana Leal; SANTOS, Paulo Márcio Reis. A (im)penhorabilidade salarial frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 133-147.

KEYWORDS: Wage immobilization. Principle of the Dignity of the Human Person. Existential Minimum Theory. Judicial activism. Juridical insecurity.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações, existem leis que dispuseram sobre qual seria a responsabilidade do devedor perante seu credor para quitar o seu débito, sendo que nos tempos mais remotos, no período arcaico, o endividado respondia com o seu próprio corpo e era sujeito a sanções cruéis como a escravidão ou morte.

Atualmente, no Brasil, o devedor somente sujeita o seu patrimônio para quitar suas responsabilidades perante seus credores, sendo que é vedado pelo nosso sistema legal vigente meios vexatórios de cobrança ou a privação da liberdade do devedor para quitação de dívidas, ressalvados os casos de pensões alimentícias não pagas. É assegurado também ao devedor o direito a toda verba de caráter salarial recebida, exceto se o valor superar 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, caso em que poderá existir penhora do salário.

Todavia, foi aberto precedente pelo Superior Tribunal de Justiça, através do REsp 1518169/DF, para possibilitar a penhora de verbas salariais para quitar qualquer tipo de dívida, desde que não comprometa a dignidade e o sustento do devedor. Isso significa que, a decisão do STJ viola o artigo 833 do Código Civil, pois amplia a possibilidade de penhora e salário em qualquer caso, a partir de critérios a serem avaliados pelo julgador.

Acontece que o critério de avaliação da condição de dignidade, adotado pelo STJ, é subjetivo, o que configura extrema insegurança jurídica para a sociedade. Além disso, faz com que os juízes definam, no caso concreto, o limite de penhora sobre o salário, fazendo com que saiam da esfera judiciária para legislativa.

Diante disso, o objeto principal da presente pesquisa é a análise da constitucionalidade da penhora sobre o salário do devedor, considerando que o salário é parcela essencial para garantia da subsistência humana. Nesse caso, a hipótese sustentada é que, a penhora sobre o salário fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, garantido por meio do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Como marco teórico, cita-se o doutrinador Marcos Destefenni que defende a impenhorabilidade do salário, considerando que é parcela de natureza alimentar e, por isso, deve ser protegido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Além disso, o estudo busca entender a exequibilidade do julgado emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que não existe nenhum respaldo legal que autorize a penhora salarial (com exceção das duas hipóteses supramencionadas), caracterizando dessa forma, violação ao princípio da separação dos poderes, em que o Julgador estaria atuando como legislador positivo.

A hipótese sustentada neste trabalho, pelo viés principiológico constitucional, especialmente observado do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade e princípio da tripartição dos poderes, é que, num Estado Democrático de Direito as leis devem seguir estritamente os ditames previstos na CF/88, tanto para sua elaboração, quanto para sua

aplicação, sendo que, a possibilidade da penhora de verba salarial de qualquer devedor deve ser realizada através de paradigmas específicos que seriam aplicados de forma uníssonas na prática pelos Juízes de Direito do país.

O presente trabalho abordará o tema em três capítulos, com a utilização do método de procedimento monográfico. A metodologia utilizada é a de estudo descritiva, porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema; qualitativa, vez que interpreta o fenômeno que será observado e; indutivo, por analisar inferir a consequência geral de um fenômeno particular. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas, artigos jurídicos, jurisprudências e a legislação específica sobre a temática.

No primeiro capítulo, será analisado o instituto da penhora, apresentando suas especificações, e principalmente restrições. No segundo capítulo, procura-se fazer uma análise sobre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, este garantido constitucionalmente. Por fim, no terceiro capítulo, examina-se a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça e os seus possíveis desdobramentos no sistema jurídico. Analisa-se a constitucionalidade da decisão, bem como o papel desempenhado pelo Poder Judiciário quanto ao tema. Para tanto, abordam-se as bases teóricas e normativas da legislação e da jurisprudência sobre o tema discutido.

Sendo assim, o objeto de debate suscitado nessa monografia é de extrema relevância, tendo em vista a necessidade de elucidações acerca de como será realizada a aplicação prática do precedente judicial emanado pelo STJ pela permissão da penhora salarial, principalmente para que não ocorram deslindes catastróficos a partir deste em nosso país, como de fato já vem ocorrendo.

2 A PENHORA E SEUS ASPECTOS GERAIS

Primeiramente, é necessário compreender o conceito da penhora. Para Liebman, a penhora foi definida como “o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente” (LIEBMAN, 1946, p. 95).

No mesmo sentido é o entendimento do Jurista Marcelo Abelha Rodrigues, que conceituou a penhora da seguinte forma:

Por intermédio da “responsabilidade patrimonial”, o devedor ou o responsável pela dívida assume que, caso ocorra o inadimplemento, seu patrimônio estará sujeito à atuação estatal, que poderá dali retirar o valor necessário para pagamento do que for devido. A reponsabilidade patrimonial coloca, de um lado, o credor na posição jurídica de titular de um direito potestativo à expropriação de bens do responsável e, de outro lado, o devedor/responsável na posição jurídica de *sujeição* àquele direito correspondente. O Estado-juiz é quem detém o monopólio da coerção e coação que autoriza efetivar o referido direito potestativo. Assim, havendo um crédito reconhecido como tal (judicial ou extrajudicial) e mantida a situação de inadimplemento do devedor ou do responsável, restará ao credor a busca da tutela executiva, mediante a qual o Estado disponibilizará técnicas executivas contra o executado com a finalidade de satisfazer o crédito. (...) Assim, tem-se que a penhora é um ato exe-

cutivo instrumental (preparatório) da execução por expropriação, e, por meio dela, apreende(m)-se bem(ns) do executado, com ou contra a sua vontade, conservando-os afetados à execução para a expropriação final que irá satisfazer o crédito exequendo. A penhora é, na execução por expropriação, o ato executivo que torna concreta a responsabilidade executiva, na medida em que individualiza o(s) bem(ns) que será(ão) expropriado(s) para a satisfação do crédito. (ABELHA, 2016, p. 310).

No Código de Processo Civil de 2015, a forma de satisfação de créditos foi regradada, tendo sido estipulado em seu texto que: "Art. 904. A satisfação do crédito exequendo far-se-á: I - pela entrega do dinheiro; II - pela adjudicação dos bens penhorados" (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, conclui-se que a partir do principal pilar do processo de execução, que consiste no direito do credor de satisfazer o seu crédito e na necessidade do devedor de pagar aquilo que é cabido, incide a atividade jurisdicional executiva, que se delimita em atingir parcialmente o patrimônio do devedor, delimitando quais bens serão alienados, de forma a satisfazer a execução (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 226).

Coaduna com o entendimento do Jurista Humberto Theodoro Júnior o posicionamento da maior parte da doutrina, que entende que a natureza jurídica da penhora consiste em ato jurídico executivo, a ser realizado direta ou indiretamente, sendo que o bem penhorado será apreendido e a obrigação patrimonial do devedor recairá sobre este.

Porém, esse entendimento é parcial, sendo que a penhora também é compreendida como ato de natureza cautelar, e que a partir desta concepção, consiste tão somente no ato inicial de expropriação ou garantia do juízo. Por outro lado, a terceira parte da doutrina entende que o ato possui natureza mista, cautelar e executória.

A penhora direta de patrimônio ocorre quando o pagamento que é transferido ao credor consiste em pecúnia, enquanto a indireta consiste essencialmente no ato de converter bem material em dinheiro para que este resolva a dívida e passe a incidir no patrimônio do credor, sendo tal instituto primordialmente utilizado em caso de insolvência, via de regra quando existe um processo judicial (FERRARI NETO, 2017).

Entende-se no presente trabalho, que a penhora quando analisada sob prisma geral, possui natureza executiva, principalmente quando ocorre em sua modalidade direta, em que o devedor irá necessariamente ficar sem a posse do seu patrimônio, a partir da indisponibilidade deste decorrente do ato jurídico.

Atualmente, a eficácia e efetividade da penhora ocorre via de regra por meio da atuação do próprio magistrado no processo de execução.

Todos os bens que a lei não veda expressamente acerca da possibilidade de penhora estão sujeitos ao instituto, sendo que estes são aqueles encontrados pelo credor quando se parte em busca de patrimônio para satisfação da dívida executada.

2.1 ANÁLISE DA IMPENHORABILIDADE DE BENS

Nem todos os bens estão sujeitos à penhora, conforme restrições estipuladas pelo legislador pátrio no Código de Processo Civil. Necessária se faz a transcrição daqueles bens determinados como impenhoráveis:

Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. § 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º , e no art. 529, § 3º . § 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária. (BRASIL, 2015).

Sendo assim, nem mesmo se fosse sua vontade, o devedor poderia responder com todo o seu patrimônio para solver suas dívidas, sendo que, para cada objeto restringido pelo legislador, existe uma razão plausível que justifique a proteção. Fora os bens expressamente classificados como impenhoráveis, no processo de execução é permitido a penhora dos demais.

2.2.1 Da impenhorabilidade salarial

O Código de Processo Civil de 2015 é de clareza singular ao prever que “A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios” (art. 831/CPC), ressalvando-se, entretanto, expres-

samente, que “Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis” (art. 832/CPC).

Em que pese a retirada da palavra “absolutamente” advinda da alteração do CPC/73, o art. 833, IV, do CPC/15 estabelece de forma clara e singular que são impenhoráveis:

(...) os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º. (BRASIL, 2015).

Observe-se que a única ressalva feita pelo texto legal, quanto a possibilidade de penhora de que trata o inciso IV do art. 833, foi colocada no § 2º, in verbis:

O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. (BRASIL, 2015).

Ou seja, está claro que o legislador brasileiro não permitiu a penhora do salário, a não ser para o pagamento de pensão alimentícia ou, em qualquer execução, do que superar o equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais.

Não sendo esse o caso, a interpretação que se dá é que a impenhorabilidade do salário é absoluta, não podendo ser mitigada.

É relevante observar que todos os casos de ressalvas à regra da impenhorabilidade absoluta foram feitas expressamente pelo legislador, como é o caso, por exemplo, da regra de impenhorabilidade dos incisos II e III do mesmo art. 833/CPC, quando preveem que a impenhorabilidade não atinge, respectivamente, os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, quando de “elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida” e dos vestuários e demais pertences de uso pessoal do devedor, quando “de elevado valor” (BRASIL, 2015).

Sendo assim, infere-se que a lei não contém palavra ou frase inútil, supérflua ou sem efeito. Todas as palavras contidas na lei são lei, e todas têm força obrigatória.

O intérprete da lei não pode se esquecer de nenhum conteúdo da norma legal, ignorando ou mitigando a sua aplicação, como se não tivesse nenhum significado ou importância. Até por isso, advertiu Carlos Maximiliano de que “devem-se compreender as palavras (da lei) como tendo alguma eficácia” (MAXIMILIANO, 1993, p. 250).

3 A IMPENHORABILIDADE COMO FORMA DE ASSEGURAR O PATRIMÔNIO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DEVEDOR

Para assegurar o direito ao patrimônio mínimo existencial do devedor e delimitar a responsabilidade patrimonial, de forma que a execução não seja demasiadamente penosa, o legislador

estabeleceu de forma expressa quais bens não estão sujeitos a penhora, conforme analisado no capítulo anterior.

Sendo assim, os bens absolutamente impenhoráveis, assim foram definidos por um motivo relevante, de fato, para que a execução não comprometa a dignidade da pessoa do devedor ou de seus familiares.

Todavia, existe dificuldade para definir o que é e o que não é digno, e também sobre o que abarca o patrimônio mínimo existencial de direito, sendo que, no que concerne a conflitos de interesse, como no caso em que temos um credor e um devedor, o tema se mostra um problema a ser enfrentado em nossa sociedade, pois não se sabe até que ponto a existência de princípios de direito norteadores servem de base para justificar inadimplementos de obrigações.

3.1 DO PATRIMÔNIO MÍNIMO EXISTENCIAL

Na concepção do Jurista Luiz Edson Fachin, o patrimônio mínimo existencial constitui em suma aqueles indispensáveis para a subsistência do devedor, ou seja, o direito mínimo a propriedade. Nesse sentido, é pertinente a transcrição abaixo:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência (FACHIN, 2006, p. 232).

Por esse ângulo, deve-se entender que a execução não pode abarcar a totalidade dos bens de um devedor, sendo que princípios como o da garantia do patrimônio mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana devem ser respeitados, eis que são inerentes a todo ser humano e que possuem função protetora para que ninguém fique à mercê do livre arbítrio Estatal. Assim, se garante equilíbrio em nosso sistema jurídico quando estipulados limites para dirimir os conflitos, estabelecendo desta maneira a melhor solução para os casos concretos que rotineiramente são postos em pauta em nossa sociedade.

Entende-se pelo mínimo existencial que todo indivíduo componente de uma sociedade possui direito a uma proteção básica oportunizada pelo Estado, ou seja, uma garantia mínima, que abrange além da sua integridade física e psicológica.

Sendo assim, todas as pessoas possuem direito assegurado de viver a sua vida de forma digna, dotada de autonomia e independência, com garantia de qualidade de vida mínima, o que permite que esse indivíduo participe como cidadão do meio em que está inserido, o que é de fato, muito importante para determinar qualquer sociedade minimamente desenvolvida (GOSEPATH, 2013, p. 79).

O direito patrimônio mínimo existencial muito se relaciona com a dignidade da pessoa humana, principalmente com base na Constituição Federal de 1988, em que um dos principais pilares de seu Estado Democrático de Direito é a solidariedade. Sendo assim, haja vista que o Estado estabeleceu as diretrizes constitucionais, a sua figura é a principal responsável para concretizá-las, fazendo cumprir tais diretrizes.

3.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana compreende uma totalidade de princípios e crenças que possuem em seu cerne a função de preservar a qualidade de vida de cada cidadão. O princípio da dignidade da pessoa humana foi expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1, inciso III e envolve os direitos e deveres principais que impulsionam a sociedade brasileira, consistente em valores éticos e de respeito.

Ingo Wolfgang Sarlet definiu em suas lições no que consiste a dignidade da pessoa humana, conforme se extrai do trecho abaixo:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2011, p.60)

Destarte, na Carta Magna Federal de 1988 restou estabelecido o discutido princípio como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dispondo a lei maior que:

Ar. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a partir da leitura do dispositivo Constitucional supratranscrito, se depreende que o respeito aos direitos fundamentais do ser humano deve ser a base que orienta toda e qualquer ação do Estado, inclusive no que se refere a interpretação e aplicação dos demais dispositivos legais e de princípios de Direito.

Todavia, ao mesmo tempo que cada membro da sociedade possui seus direitos, este também detém a obrigação de cumprir com os seus deveres perante o outro, sendo que as principais situações levadas a apreciação do Poder Judiciário consistem em conflitos de interesses, por meio do qual o bem-estar de mais de um desses membros está comprometido, como acontece no caso de dívidas e inadimplemento.

O que se depreende é que através desses conflitos, o aplicador da Lei deve realizar a ponderação entre princípios fundamentais de cada interessado, para dessa forma, garantir a efetividade processual e concretizar a justiça.

Em se tratando de salário, a impenhorabilidade representa verdadeira garantia ao princípio da dignidade do trabalhador e de sua família, visto que o salário é parcela utilizada para atender as necessidades básicas do homem.

Por isso, ainda que exista o interesse do credor em receber o seu crédito, deve ser avaliado o caso concreto para que tal direito não interfira na violação da dignidade do devedor, garantindo-se às partes a preservação do mínimo existencial.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE SALARIAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.518.169/DF

Cuida-se de recurso especial nº 1.518.169/DF que foi recebido no STJ em 06/03/2015 e que foi interposto por ROMULO VILLAR FURTADO, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no curso da execução extrajudicial movida contra CARLA CÍNTIA SANTILLO, cuja ementa está assim redigida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA-SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 649, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. E admissível o bloqueio, com posterior conversão em penhora, de até 30% (trinta por cento) dos valores encontrados em conta-corrente bancária, quando tal conta não é destinada exclusivamente ao recebimento de salários. 2. O bloqueio parcial da remuneração salarial representa violação às disposições contidas no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. 3. Restando comprovado nos autos que a conta corrente bancária sobre a qual incidiu a penhora destina-se exclusivamente ao recebimento de verbas salariais, impõe-se o deferimento do recurso para suspender os efeitos da decisão que determinou a penhora sobre os valores encontrados naquela conta, liberando-se as quantias penhoradas e bloqueadas. 3. Agravo provido. (BRASIL, 2017).

Narra os autos que se trata de execução extrajudicial movida nos idos de 1994 contra Carla Cíntia Santillo que é Conselheira do Tribunal de Contas de Goiás e que teria renda líquida de aproximadamente R\$27.000,00 (vinte e sete mil reais). Nessa execução de cobrança de dívida de natureza não alimentar relativa à venda de produtos realizada pelo credor à empresa da qual Carla era sócia, recaindo, então, a penhora sob valores decorrentes de subsídio recebido em conta-salário dessa.

O recurso especial foi provido monocraticamente pelo Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 07 de fevereiro de 2017, para permitir a penhora de 30% dos valores depositados na conta em que a devedora recebe os seus subsídios, embora a proibição legal existente na legislação brasileira, invocando a possibilidade de penhora de parte dos salários existente em outros países; desde que resguardada a dignidade do devedor e de sua família.

A Terceira Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno da parte prejudicada, conforme acórdão publicado no DJe de 22/06/2017.

Na sequência, houve interposição de embargos de declaração que foram rejeitados embora ressaltado pelo acórdão um ponto extremamente importante:

[...] Os atos processuais objeto de análise, a decisão agravada, o acórdão recorrido e o recurso especial, foram, todos, levados a efeito sob a égide do CPC/73, **e, assim, é com base nas referidas normas que esta Corte Superior trouxe solução à presente controvérsia**, inexistindo omissão a ser reparada na via dos aclaratórios – grifo nosso.

Foram interpostos, ainda, embargos de divergência, que não foram providos pela Corte Especial do STJ, por maioria de votos, ficando assim a sua ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial - nota promissória. 2. Ação ajuizada em 13/10/1994. Recurso especial interposto em 29/10/2009. Embargos de divergência opostos em 23/10/2017. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é definir sobre a possibilidade de penhora de vencimentos do devedor para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 4. **Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.** Precedentes. 5. Na espécie, a moldura fática delineada nos autos - e inviável de ser analisada por esta Corte ante a incidência da Súmula 7/STJ - conduz à inevitável conclusão de que a constrição de percentual de salário da embargante não comprometeria a sua subsistência digna. 6. Embargos de divergência não providos. (REsp 1518169/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, DJe 27/02/2019) (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Nesse acórdão, não se adentrou nas particularidades das questões discutidas nos autos, encontrando óbice na Súmula 07/STJ.

Entretanto, ao julgar os embargos de declaração contra esse acórdão, a Corte Especial do STJ reconheceu a existência de omissão e ressaltou que, embora tenha sido superada a aplicação da Súmula 07/STJ, os embargos de divergência não poderiam ser providos, porque a decisão recorrida consignou a possibilidade de, "no caso concreto, extrair-se valores suficientes para o adimplemento da dívida sem o comprometimento da subsistência do executado e de sua família (e-STJ fls. 412-413)".

Ao mesmo tempo, esse acórdão fundamentou:

[...] Por fim, não há que se falar na flexibilização da impenhorabilidade com base, unicamente, no disposto no art. 833, IV, § 2º, do CPC/2015, porque a própria evolução jurisprudencial não impede que tal mitigação ocorra nas hipóteses em que os vencimentos, subsídios, soldos, etc. sejam inferiores a 50 (cinquenta) salários mínimos. O que a nova regra processual dispõe é que, em regra, haverá a mitigação da impenhorabilidade na hipótese de as importâncias excederem o patamar de 50 (cinquenta) salários mínimos, o que não significa dizer que, na hipótese de não excederem, não poderá ser ponderada a regra da impenhorabilidade. (BRASIL, 2019).

Houve novos embargos de divergência que, agora, serão analisados pela Segunda Seção do STJ, tendo em vista a ressalva feita pela Corte Especial que apenas analisaria a divergência jurisprudencial, naquela assentada, existente entre o acórdão recorrido e os paradigmas invocados da 1ª e 2ª Turma, deixando, pois, de fazê-lo quanto ao paradigma da 4ª Turma, haja vista que a competência para tanto seria da Segunda Seção.

De início, observamos que essa decisão do STJ diverge da decisão proferida pela Primeira Seção do STJ em 24/11/2010, quando foi analisado o REsp 1184765/PA à luz do art. 543-C/CPC-73, ou seja, sob a ótica de recursos repetitivos, quando ficou assim a parte da ementa, no que interessa ao presente estudo, in verbis:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL. (...) 17. Contudo, impende ressaltar que **a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descumar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC** (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”. (...)” (REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010, gn). (BRASIL, 2010).

O que se observa, é que a decisão proferida pela Corte relativiza a regra inculpada no artigo 833 do CPC/15, que determina que o salário é impenhorável, salvo se a penhora ocorrer para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais.

Além disso, abre precedente para que cada magistrado, diante do caso concreto, analise a partir de critérios subjetivos o limite da penhora a ser realizada sobre o salário.

Acontece que tal decisão importa em enorme insegurança jurídica, pois não estabelece critérios objetivos para a penhora, além disso, viola gravemente a literalidade da lei que não permite a penhora em salário do devedor, salvo nos casos acima demonstrados.

Como se pode verificar, o que se depreende da decisão supramencionada, é que nem mesmo foi definido o que vem a configurar o mínimo existencial para o devedor e sua família, criando dessa forma, uma norma jurídica genérica e em branco.

Pode-se compreender pela literalidade do julgado, que o mínimo existencial corresponderia a 70% (setenta por cento) da remuneração do devedor; mas nada impede de um juiz ou mesmo um tribunal determine a penhora de 50% (cinquenta por cento) do salário ou subsídios do devedor ou até mais, passando-se dessa forma a julgar de acordo com o seu livre convencimento.

Dessa forma, observado o respeito essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser preservado como um dos principais pilares em nosso País, a partir de leitura da Constituição da República de 1988, e verificada a situação de calamidade financeira vivenciada pelo povo brasileiro, certo é que podem ocorrer abusos contra devedores insolventes relacionados aos seus direitos fundamentais pela via do Poder Judiciário.

O que se defende na presente pesquisa é que, a penhora sobre o salário não deve ocorrer, mesmo diante do precedente do STJ, conforme exposto. Isso porque, deve ser obedecido ao Princípio da Legalidade, a fim de garantir o cumprimento integral da norma inculpada no artigo 833 do CPC/15, garantindo-se assim, segurança jurídica e, sobretudo, a garantia ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, cabe alegar que a doutrina se diverge quanto a possibilidade de penhora sobre o salário. Cabe citar o entendimento esposado pelo doutrinador Marcos Destefenni também defende a impenhorabilidade dos vencimentos prevista no art. 649, IV do CPC/73, antiga redação do artigo 833 do CPC/15, considerando que tratam-se de ganhos de natureza alimentar e que estariam protegidos da penhora em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e de seus consectários: princípio da humanização da penhora e princípio da suficiência (DESTEFENI, 2009).

Por outro lado, os doutrinadores Bruno Dantas Nascimento e Marcos Antônio Köhler, afirmam que deve ser feita análise minuciosa, inclusive a partir de estudos de economia, para que se chegue a um denominador comum justo ao enfrentar a questão da impenhorabilidade. Afirmam que tal princípio não pode se sobrepor a dignidade humana do credor, que também espera o recebimento do seu crédito (KÖHLER, NASCIMENTO, 2007).

Sobre o assunto, decisões em sentidos diferentes já estão sendo proferidas pelo Poder Judiciário, sendo que, para título de exemplo, seguem abaixo os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PENHORA VERBA ORIUNDA DE SALÁRIO - IMPOSSIBILIDADE. Em consonância com o disposto no art. 833 do CPC, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis os salários, vencimentos e remunerações destinadas ao sustento do devedor e de sua família, não sendo permitida a penhora sobre os rendimentos mensais do executado, ainda que de forma parcial. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0701.15.034402-9/002, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2020, publicação da súmula em 24/04/2020). (MINAS GERAIS, 2020).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DE PERCENTUAL DO SALÁRIO DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA ALIMENTAR - PROTEÇÃO LEGAL - ART. 833, IV, DO CPC. Nos termos do art. 833, IV, do CPC, o legislador optou por garantir a impenhorabilidade absoluta das verbas salariais, mormente pela sua natureza alimentar. V.v EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DE 30% DO SALÁRIO - POSSIBILIDADE - CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ESTIPULADA EM SENTENÇA - REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA.

- A jurisprudência hodierna permite a penhora de 30% dos proventos de do devedor, restando ressaltado a necessidade de se analisar as circunstâncias particulares do caso concreto considerando que deve estar devidamente comprovado que a penhora realizada não compromete a subsistência do devedor, como é o caso.

- A adoção de tal medida se figura a razoável às partes, atendendo os interesses do agravante que irá receber o valor estabelecido e do agravado que ainda ficará com 70% de seu salário líquido, a fim de garantir sua sobrevivência, restando respeitado o princípio da dignidade humana. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.155651-3/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/03/2020, publicação da súmula em 17/03/2020). (MINAS GERAIS, 2020).

Por todo o exposto, apesar da divergência do entendimento em relação à impenhorabilidade ou não do salário e em desacordo com o Princípio da dignidade da pessoa humana e a

disposição do artigo 833 do CPC/15, esta pesquisa se manifesta no sentido de reiterar que a natureza alimentar e de subsistência do devedor, posto que o salário não deve ser penhorado.

Além disso, aplicar entendimento diverso daquele exposto na lei faz com que exista insegurança jurídica e fere o princípio da tripartição dos poderes, uma vez que o juiz passa a legislar, definindo critérios de aplicação da lei, ao invés de apenas utilizar a norma escrita e já existente, diante do caso concreto.

5 CONCLUSÃO

A partir de todo o desenvolvimento do presente trabalho, o que se observa é que existem razões para que o legislador tenha estipulado que as verbas salariais são impenhoráveis, sendo que, a possibilidade de entendimento contrário abarca consequências, tanto para a organização do sistema jurídico, tanto no que concerne ao comprometimento da dignidade da pessoa do devedor.

Sendo assim, tendo em vista a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça discutida nesse trabalho no EREsp 1518169/DF, que fixou entendimento pela validade da penhora excepcional de até 30% (trinta por cento) do salário do devedor, e que não é um precedente obrigatório, o que se observa é que este consiste em precedente muito perigoso no Brasil, que já vem sendo aplicado pelos tribunais pátrios, acarretando grande insegurança jurídica.

Tanto é, que de simples pesquisa jurisprudencial encontram-se posicionamentos em ambos os sentidos, pela possibilidade ou não da penhora, com decisões extremamente divergentes.

Certo é que existe o interesse do credor de receber aquilo que lhe é devido, e a necessidade de efetividade da tutela jurisdicional. Ocorre, que no que se refere a flexibilização da penhora salarial, o Superior Tribunal de Justiça não fixou parâmetros objetivos e claros para determinar o que é digno, passando-se a partir da análise do caso concreto, ou seja, do livre convencimento do magistrado.

Ademais, conforme abordado nesse estudo, a definição da dignidade de uma pessoa, bem como do que é o seu mínimo existencial de direito, consiste no nosso Estado em definição abstrata, sendo que não houve tempo em nosso ordenamento jurídico vigente que tivemos os nossos direitos completamente respeitos.

Sendo assim, se depreende que a decisão do Superior Tribunal de Justiça se trata de uma verdadeira inovação ao sistema legal vigente, e que se tratando de ser colocada em prática no Brasil, país em que a Constituição Federal estipulou os ditames para que sejam alteradas ou promulgadas novas leis, a forma adequada não é através do Poder Judiciário.

Nesse sentido, e também um dos pontos de maior importância da presente pesquisa, conclui-se que, antes de qualquer coisa, é indispensável primar pela dignidade do devedor na execução, para que lhe seja garantida vias adequadas de adimplir com a sua obrigação perante o credor.

Ademais, ainda que o entendimento seja diverso, pela possibilidade da penhora salarial, deve ser respeitado o princípio da tripartição dos poderes para que esta seja estipulada no Congresso Nacional de forma adequada, imperiosamente considerando a condição de cada devedor, para que a execução não seja penosa como já foi nos primórdios das civilizações humanas.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Alvim. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material*. São Paulo. Ed. RT. 2014. P. 84 In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. ARRUDA, Alvim. et al (Orgs.), *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis / coordenação Arruda Alvim et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. de 11 de janeiro de 1973. Vade Mecum Edição Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

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

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. 16 de março de 2015. Vade Mecum Edição Especial. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo no RESP nº 1518169. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 13 jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/rej.cgi/atc?Seq=72899646&tipo=5&nreg=201500460467&seqcgrmasessao=&codorgaojdr=&dt=20170622&formato=pdf&salvar=false>. Acesso em: 08 maio 2020.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1518169. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 27 fev. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ita&sequencial=1758893&num_registro=201500460467&data=20190227&formato=pdf. Acesso em: 08 maio 2020.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1184765. Relator Ministro Luiz Fux. Publicado em 03 dez. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ita&sequencial=1025385&num_registro=201000422264&data=20101203&formato=pdf. Acesso em: 08 maio 2020.*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.518.169. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 21 maio 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500460467&dt_publicacao=24/05/2019. Acesso em: 08 maio 2020.*

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Novas Reformas do Código de Processo Civil. Revista do Advogado, n. 85, 2006.*

CORRÊA, Antônio Ricardo. O processo de execução. Conflito entre os princípios da menor onerosidade para o devedor e o da efetividade. A penhora on-line como ferramenta de coação do devedor. *Revista JusNavigandi*, Teresina, ano 9, n. 237, 1 mar. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4896>. Acesso em: 10 maio 2020.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 276.

COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Torino: Editrice Torinese, 1973 nº 389, p. 517.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves; FERRARI, Fábio Montanini. *Direito Processual Civil: Execuções*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. Atlas, 11/2016. [Minha Biblioteca]

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI NETO, Luiz Antonio. Penhora. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Processo Civil*. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/203/edicao-1/penhora>. Acesso em: 04 maio 2020.

FILHO, Vicente Greco, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. VASCONCELOS ROQUE, Andre. DUARTE DE OLIVEIRA JR., Zulmar. *Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015*. v. III. Rio de Janeiro: Método, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. Coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KÖHLER, NASCIMENTO. Bruno, Marcos. Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário. In: WAMBIER, L. R. (Coord.) et al. *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

MARTINS, Aline Pecorelli da Cunha. *O desequilíbrio da proteção à dignidade da pessoa humana na impenhorabilidade do salário*. Conteúdo Jurídico, Brasília, abr. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46346/o-desequilibrio-da-protexcao-a-dignidade-da-pessoa-humana-na-impenhorabilidade-do-salario>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0701.15.034402-9/002. RELATORA: DES.(A) JULIANA CAMPOS HORTA. Publicado em 24 abr. 2020. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisanumerocnjespelhoacordao.do;jsessionid=5b3edd20a39eefccb10dc688b3e1bbdd.juri_node2?Numeroregistro=1&totalinhas=1&linhasporpagina=10&numerounico=1.0701.15.034402-9%2f002&pesquisanumerocnj=pesquisar. Acesso em: 08 maio 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.19.155651-3/001. RELATOR(A) DES.(A) SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER. Publicado em 17 mar. 2020. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisanumerocnjespelhoacordao.do;jsessionid=5b3edd20a39eefccb10dc688b3e1bbdd.juri_node2?Numeroregistro=1&totalinhas=1&linhasporpagina=10&numerounico=1.0000.19.155651-3%2f001&pesquisanumerocnj=pesquisar. Acesso em: 08 maio 2020.

MIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60. Apud SANTANA, Raquel dos Santos. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. 2011. Revista Jurisway. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6435. Acesso em: 03 abr. 2019.

SOARES, Ricardo Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 1. ed. Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 13. ed. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1989.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.



DOS PROCESSOS
NOS TRIBUNAIS

6.1

OS PRECEDENTES, A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A *RATIO DECIDENDI*

MARIA LUIZA BITTENCOURT¹

LETÍCIA DA SILVA ALMEIDA²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

Analisou-se a incorporação do sistema *common law* ao sistema da *civil law* brasileiro. Foram feitas considerações gerais a respeito dos dois sistemas e suas características. Realizou-se comparação entre as escolas, especialmente no que concerne a utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito, principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Embora a utilização dos precedentes judiciais sejam boa alternativa para obter segurança jurídica do sistema e ainda uniformização jurisprudencial, não se pode desconsiderar a realidade do judiciário brasileiro. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law. Civil Law. Precedentes. Fundamentação das Decisões.

ABSTRACT

The incorporation of the common law system into the Brazilian civil law system analyzed. General considerations were made regarding the two systems and their characteristics. A comparison was between schools, especially with regard to the use of judicial precedents as a source of law, mainly with the advent of the CPC/2015, which brought the Incident of Resolution of Repetitive Demands institute. Although the use of judicial precedents is a good alternative to obtain legal certainty of the system and the uniformity of jurisprudence, the reality of the Brazilian judiciary cannot be ignored. Bibliographic research were used by the deductive method.

KEYWORDS: Common Law. Civil Law. Precedents. Rationale Decisions.

1 Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. E-mail: malullbittencourt@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6738434875163290>.

2 Mestra em Direito pela Universidade FUMEC. Professora de Direito Civil na Faculdade Pitágoras. E-mail: leticiaalmeida2613@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2572470125751150>.

3 Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Estudos Culturais (PPGMCult), ambos da Universidade FUMEC. Editor da Revista Meritum. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC Minas. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). *Orcid id*: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br.

Como citar o presente artigo científico:

BITTENCOURT, Maria Luiza; ALMEIDA, Letícia da Silva; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Os precedentes, a fundamentação das decisões e a *ratio decidendi*. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 149-164.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos o sistema judiciário do Brasil vem passando por grandes mudanças com o objetivo de oferecer à sociedade a garantia de celeridade processual e a observação de princípios como o da segurança jurídica.

No segundo capítulo deste estudo, são definidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, eis que basilares da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Para que se possa entender essas evoluções as quais se passa o Brasil, é necessário distinguir as grandes escolas jurídicas que originaram os sistemas jurídicos do mundo ocidental: os sistemas *civil law* e *common law*, objeto de análise do terceiro capítulo.

Fazendo considerações acerca de suas origens e principais características, percebe-se que apesar de originalmente distantes principiologicamente, nos últimos tempos, especialmente no Brasil, estas escolas vêm se aproximando cada vez mais.

O maior exemplo de interligação entre os sistemas do *common law* e *civil law* no Brasil é o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que trouxe em seu texto a valorização dos precedentes como fonte de direito no processo civil, em detrimento do positivismo jurídico, que até então era a corrente predominante usada no Brasil.

Dentre as principais justificativas para aprovação desta legislação, tem-se visto muito presente a busca pela segurança jurídica supostamente oferecida pelos precedentes e ainda uma resposta a morosidade do judiciário.

Entretanto, em que pese, teoricamente a adoção deste modelo traga de fato muitos aspectos positivos e contribuições, não se pode esquecer da necessidade de preparação do judiciário brasileiro para este novo sistema.

É preciso que o magistrado, ao analisar o caso concreto faça análise minuciosa de suas peculiaridades para que ao tentar se estabelecer uma correspondência com o precedente supostamente cabível, este tenha certeza de que o núcleo central de sua decisão seja análogo ao deste precedente, devendo o fazer por decisão amplamente fundamentada. Estes tópicos serão tratados no quarto e quinto capítulo.

Por fim, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, realizada análise do uso dos precedentes na construção de teses objeto dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDRs) e que, em que pese este instituto também tenha por finalidade a garantia da isonomia, ao impor as partes uma decisão sem que haja oportunidade de manifestação, acaba por ferir os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do Estado Democrático de Direito, tema-problema tratado no sexto capítulo.

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório tem por objetivo promover o equilíbrio entre as partes litigantes, de modo que seja oportunizado aos participantes de uma ação judicial a sua manifestação acerca dos atos processuais na tentativa de influenciar o juiz na construção de sua decisão.

Este princípio pode ser visto como uma manifestação dos direitos a igualdade e ainda ao direito de ação, pois uma vez garantido o contraditório, significa dizer que será protegido o direito de ação – tanto o direito de ajuizar uma ação, como o direito de defesa.

A ampla defesa, por sua vez, é considerada uma extensão do princípio do contraditório. É o direito da parte de manifestar-se com toda argumentação que julgar necessária para induzir o julgamento a seu favor, sempre dentro dos limites legais.

Este princípio não irá garantir a parte que se atue por ilimitadas vezes a qualquer tempo e hora, mas sim, que sua defesa seja produzida por todos meios e elementos permitidos no Direito, no tempo processual determinado.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), por estes princípios, diz o art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Estes princípios se constituem principalmente como pretensões à tutela jurídica. O princípio do contraditório de forma mais ampla, garantindo a participação da parte em “pé de igualdade” com a parte contrária, e o princípio da ampla defesa que permite ao litigante a utilização de todos os meios de defesa permitidos no Direito.

O princípio do contraditório é inerente às partes litigantes, ou seja, qualquer uma das partes envolvidas na lide que possuam qualquer tipo de interesse de Direito material a ser alcançado pode e deve fazer uso de tal princípio.

O juiz, que também é sujeito processual, deverá sempre agir de modo a garantir às partes a isonomia de tratamento no decorrer do processo e por consequência assegurar que tais princípios sejam sempre observados.

O princípio do contraditório é a base de um processo de colaboração entre os sujeitos do processo. Nestes termos, as decisões deverão ser construídas pelo juízo natural, sendo essas sempre resultado das argumentações e toda dilação probatória levantada por cada uma das partes em simétrico contraditório.

A concretização do princípio do contraditório em seu sentido material faz alcançar também a garantia do princípio no sentido formal:

Caminha-se para se entender que as garantias do contraditório e da ampla defesa não podem ser vistas apenas em sentido formal: deve-se concretizar cada vez mais tais garantias, para tornar o processo realmente efetivo, com paridade concreta de armas entre os litigantes. (ANDRADE, 2012, p. 54).

Assim, é possível perceber que o princípio do contraditório deve ser visto para além de seu sentido formal de alegar e contrarrazoar, e passa a ter relação intrínseca com a importância da devida fundamentação das decisões.

Com isso, o contraditório tem ao menos três importantes faces: I) ter informações durante todo o processo sobre as atividades dos sujeitos processuais (participantes);

II) ter possibilidade de manifestação sobre todas as questões de fato e/ou de direito; e III) o direito de ter suas argumentações e provas consideradas pelo juiz no momento de proferir decisão. (CERQUEIRA, 2014, p.72).

É dizer que o juiz – sujeito processual imparcial, deverá garantir que seja oportunizado aos demais sujeitos do processo seu direito a se manifestarem a respeito das decisões ou atos processuais. Na sequência, irá proferir sentença que seja o resultado do exame de toda documentação e argumentação exposta, devendo esta ser composta por toda fundamentação que o levou àquele entendimento.

De um modo ou de outro, uma decisão bem fundamentada novamente faz presente os princípios do contraditório e ampla defesa, as partes pactuando ou não com aquela concepção, novamente terão a oportunidade de impugná-la consoante as razões que entenda serem cabíveis.

Em síntese, conceber os princípios do contraditório e ampla defesa de maneira abrangente faz provocar não somente o direito das partes à informação e a manifestação, mas provoca também a prática forense a atender a exigência de que as decisões judiciais devam ser produzidas com base nos elementos fruto do debate havido entre as partes e mais, que seja assegurado aos litigantes sua defesa e que tais elementos sejam devidamente apreciados.

3 COMMON LAW E CIVIL LAW

O mundo é dividido entre sistemas próprios de jurisdição em cada país ou região. Neste sentido, quando examinado o trato dado à jurisprudência pelo direito do lado ocidental, é possível destacar-se duas grandes escolas: os sistemas da *civil law* e *common law*.

Em linhas gerais, a escola chamada de *common law* possui ascendência anglo-americana, de modo que baseia suas decisões em precedentes jurisprudências. As decisões/sentenças judiciais são as fontes imediatas do direito, gerando assim efeito vinculativo às decisões futuras. Neste sentido, o juiz de direito irá, naquele caso concreto fazer a análise dos fatos e fundamentos apresentados pelas partes e após, fazer o julgamento. Esse julgamento feito neste caso concreto irá criar uma regra geral que é chamada de precedente judicial. A partir daí todo caso concreto que se encaixe no precedente já julgado, deverá ser julgado de forma análoga a este. Tal escola fora definida por Patrícia Perrone Campos Mello:

Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes. (MELLO, 2008, p. 159).

Já a escola do *civil law* tem sua aplicação preponderantemente na Europa Ocidental. Possui herança romana e elege um processo legislativo baseado no positivismo: a norma jurídica – geral e abstrata, é criada de modo a prever uma diversidade de eventos futuros sobre determinado tema e esta norma é a fonte utilizada pelo julgador. Por esta escola, o juiz de direito irá recorrer às normas jurídicas no caso concreto determinando sua aplicabilidade naquele feito. Importante frisar que diferente do sistema *common law*, os julgados anteriores sobre aquele

tema não possuem efeito vinculativo ao juiz de direito, de modo que a jurisprudência é utilizada como fonte secundária de busca do direito.

Assim fora definido este instituto por Patrícia Perrone Campos Mello:

Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa. (MELLO, 2008, p. 99).

Na criação e durante o desenvolvimento deste modelo, acreditava-se que ao reduzir o poder de atuação dos magistrados com estruturas processuais mais rígidas, seria possível garantir aos litigantes segurança jurídica de que aquela demanda seguiria o texto da lei.

Importante destacar que por este sistema, o juiz ocupa papel de mero aplicador da lei, não havendo por parte do magistrado a função de “criador de direitos”. Ou seja, não grande espaço para discricionariedade por parte do juiz.

Fazendo um comparativo entre as duas escolas, André Ramos Tavares afirma:

O modelo codificado (*civil law*) se caracteriza pelo raciocínio abstrato e dedutivo, que estabelece premissas e obtém conclusões por processos lógicos, a partir de normas gerais; ao passo que o modelo de precedente judicial (*common law*), fortemente centrado na decisão judicial (*judge made law*), atua por um raciocínio indutivo, pelo qual se busca nos julgados a fonte/norma de decisão dos casos subsequentes. (TAVARES, 2005, p. 97).

Em ambos os sistemas percebe-se uma grande preocupação com o oferecimento de segurança jurídica aos eventuais litigantes. No *civil law* tal valor viria da precisa aplicação da legislação pelos magistrados. Já no *common law* tem-se como principal instrumento a força vinculante dos precedentes judiciais para certificar uma previsibilidade esperada.

Pode-se dizer que em um e outro sistema a previsibilidade é aceita como pertencente ao Estado Democrático de Direito. Ainda assim, no *civil law* essa previsibilidade deverá ser resultado da própria legislação, enquanto que no *common law* será decorrente da compatibilidade com os precedentes judiciais.

O Brasil filiou-se ao sistema da *civil law*, outorgando a legislação como fonte direta do ordenamento jurídico. Em consequência disso, os litígios judiciais são sempre resolvidos com base nas alegações feitas pelos sujeitos processuais e a aplicação da legislação correspondente àquele caso. Entretanto, tal filiação vem sendo revitalizada nos últimos tempos e vem recebendo grande influência da escola *common law*, principalmente com o advento do CPC/15.

4 A LEI POSITIVADA E OS PRECEDENTES

Em síntese, a definição de positivismo jurídico, em sentido amplo, pode ser dada como aquele posto pelo Estado, ou seja, o direito positivado pelo legislador. A lei é a principal fonte

do direito, sendo esta em sua essência geral e abstrata. Ela é capaz de promover a segurança e transparência jurídica.

Em que pese a teoria positivista determinar que o ordenamento jurídico sempre terá uma resposta para resolução daquele caso concreto com base na legislação, de modo que, em tese, não haveria lacunas. Apesar de ser este o ponto central da teoria positivista, parte da doutrina entende como vulnerabilidade, visto que sempre haverá lacunas na lei, não sendo possível ao legislador prever todas as variedades fáticas acerca de todos temas.

Assim, com o tempo, a herança trazida pelo *civil law* de que caberiam aos juízes tão somente cumprirem o papel de “boca da lei” – aplicar de forma mecânica as leis editadas pelo legislativo, fora evoluindo e se desenvolvendo, de modo que o juiz moderno não se mostra mais em tal grau, de subordinação tão somente aos termos das leis.

Desta forma, não há mais aquele “juiz-Pilatos” que se refere Cândido Rangel Dinamarco “que só observa e não interfere”, ou ainda “juiz mudo”, “extremamente cuidadoso de não se desgastar e obcecado pelo temor de anunciar pré-julgamentos” (DINAMARCO, 2005, 88).

O impasse paira na percepção de que, ainda que tenha sido aceito que não mais cabe ao julgador uma postura meramente estática de aplicador de normas e preceitos legais, mas sim, sobretudo, de garantir que tais leis estejam de acordo com preceitos constitucionais, é impossível impedir que se tenham decisões interpretadas de maneira diametralmente opostas, ainda que baseadas em uma mesma lei.

Atualmente, muitas das vezes veem-se julgados dos tribunais brasileiros que antecipam a própria lei posta. Tal movimento usualmente busca “atualizar” as sentenças e decisões a costumes já pacificados na sociedade, ainda que por muitas vezes, ainda não tenha havido sua devida positivação.

Acompanhando a inclinação da verticalização das decisões judiciais, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o sistema de precedentes, tendo por objetivo a garantia da segurança jurídica ao sistema judiciário brasileiro, considerando a carência de estabilidade das jurisprudências.

O precedente pode ser entendido como uma decisão judicial que fora proferida em determinado feito, em que o núcleo essencial poderá servir como parâmetro ao julgamento futuro de casos análogos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Avançando, podem ser compreendidos como uma espécie de norma criada por uma decisão de um caso concreto que gerou um entendimento sobre determinado tema, servindo esta decisão para estabilizar a jurisprudência. Nestes termos, ao dar solução a um caso concreto, a decisão proferida pelo juiz irá fixar um entendimento abstrato, que deverá ser aplicado em casos futuros (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Sendo assim, os precedentes e a formação de uma jurisprudência vêm sendo introduzidos como protagonistas do CPC/15, sendo utilizados como ferramenta para prestação jurisdicional e ainda na tentativa de conter o ativismo judicial que a discricionariedade provida pelo positivismo instalou.

Diversas foram as justificativas que motivaram a adoção deste sistema. Inicialmente foi a necessidade de se alcançar a segurança jurídica ao ordenamento brasileiro, proporcionando amparo e estabilidade para as relações sociais. Em segundo lugar, se justificou tal adoção

destacando-se a coerência que teoricamente seria trazida pelo uso dos precedentes. A terceira justificativa diz respeito a expectativa de propiciar à sociedade decisões unificadas relativas a demandas análogas. Finalmente, a quarta justificativa refere-se à otimização do judiciário, agilizando os procedimentos e solucionando morosidade do judiciário.

A depender da forma que irão produzir efeitos, a classificação dos precedentes judiciais pode ser dividida em dois tipos: persuasivos ou vinculantes. Para Antônio Gomes Moreira, os precedentes persuasivos atuam de maneira a apenas apontar os princípios que serviriam de base para manter a continuidade daquele raciocínio exposto naquela decisão. Deste modo, as discussões judiciais sobre aqueles temas podem se dar com mais pluralidade, pois a cada nova decisão seriam somados novos princípios (MAUÉS, 2012).

Bruno Cavalcanti Angelin Mendes entende que estes precedentes classificados como persuasivos são invocados como fundamentação das decisões judiciais, servindo de base argumentativa às partes na tentativa de persuadir o juiz e ainda do próprio magistrado para motivar seu entendimento (MENDES, 2016).

Já os precedentes vinculantes irão determinar que sua utilização reiterada faz com que sua disposição uma regra jurisprudencial (SCHAUER, 1991). Ou seja, este tipo de precedente possui força cogente no sistema judiciário, tendo sua aplicação imposta como se lei posta fosse.

Assim sendo, pode-se dizer que o sistema judiciário brasileiro vinha utilizando-se do tipo de precedente persuasivo, considerando que estes eram utilizados como mais um argumento, mais uma justificativa para aquele entendimento. Já com o advento do Código de Processo Civil de 2015 vem-se adotando o uso do precedente vinculante que atua como espécie de norma, sempre com o propósito de se garantir a estabilidade e segurança jurídica do sistema.

5 APROXIMAÇÃO DO SISTEMA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Traçado em linhas gerais os fundamentos de cada escola, do positivismo jurídico e ainda dos precedentes, passa-se a relação e aproximação destes institutos especificamente no Brasil.

Para exemplificar a utilização do sistema *civil law* no Brasil, na CRFB/88 é possível destacar logo de início a presença do positivismo na jurisdição brasileira:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

O dispositivo supramencionado nos remete ao princípio da legalidade como condutor da atividade jurisdicional.

Em que pese o positivismo esteja enraizado na aplicação no direito nacional, ao longo do tempo, diversos são os mecanismos que vêm sendo utilizados de modo a permitir a utilização dos precedentes nos julgados brasileiros.

É inegável que se tem no Brasil cada vez mais uma valorização dos precedentes em busca da padronização das decisões a respeito de uma mesma questão jurídica. Entretanto, é necessário que se analise a forma de utilização e aplicação destes precedentes no país.

Sérgio Porto (2010) reconheceu esta asserção:

Da common law para civil law, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “commonlawlização” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “commonlawlização” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz. (PORTO, 2010, p. 135).

Gabriela de Oliveira Freitas afirma: “no caso do Brasil, o que se observa é o surgimento de um terceiro sistema sincrético, que, como se verá, mistura, de forma desordenada, noções do civil law e do common law.” (FREITAS, 2014).

Avançando, Freitas afirma que:

Porém, o sistema brasileiro atual não representa diálogo ou convergência entre os dois sistemas, mas sim uma verdadeira mixórdia entre eles, uma adoção completamente desorganizada de sistemas. Apesar de pautado na codificação, tem cultuado os precedentes, como se fosse a única forma de fundamentação de uma decisão judicial e como se fosse fundamentação suficiente. (FREITAS, 2014).

Neste diapasão, o Código de Processo civil de 2015 prevê em seu artigo 926:

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. (BRASIL, 2015).

O referido artigo determina que os tribunais construam e organizem individualmente seus próprios sistemas de precedentes, compostos pelas súmulas e pela jurisprudência, assim, as novas diretrizes do CPC/15 preveem os deveres de uniformização da jurisprudência do tribunal, a manutenção de sua estabilidade, integridade, coerência e publicidade.

Neste sentido, concerne ao tribunal afastar todas as divergências internas entre seus órgãos julgadores de modo a uniformizar o entendimento sobre aquele tema. Além disso, os tribunais deverão converter aquela jurisprudência dominante em enunciado de súmula, condensando assim seu entendimento de acordo com o regimento interno de cada tribunal. Fazendo isto, deverão ser observadas as condições fáticas dos precedentes que deram origem à criação da súmula (DIDIER JR., 2015).

Contudo, como dito por Humberto Theodoro Júnior, há no Brasil um “common law à brasileira”, ou seja, “a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem” (THEODORO

JÚNIOR, 2010, p. 63). Nesse sentido, “ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente – diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *stare decisis*.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 63). Ou seja, não é suficiente utilizar-se de um precedente sem antes garantir que ambos possuem mesmas características.

5.1 SEGURANÇA JURÍDICA

Ainda fazendo um comparativo entre as duas escolas, passa-se a fazer esta análise sob a perspectiva da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica tem como objetivo basilar o oferecimento de estabilidade para as relações jurídicas e é considerado um dos mais relevantes princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Tal princípio pode ser dividido basicamente em duas naturezas: objetiva e subjetiva. Esta trata sobre a confiança que a sociedade põe nos atos, condutas e nos procedimentos realizados pela justiça. Já aquela, trata da irretroatividade das interpretações legislativas.

Este princípio está atrelado ao conceito de justiça e seu valor. Assim, uma lei somente estará satisfatoriamente sendo aplicada se esta trouxer segurança ao ordenamento como um todo. Ou seja, o princípio da segurança jurídica está vinculado a um Estado garantidor que se preocupa com a estabilidade das compreensões jurídicas.

Humberto Ávila define o princípio da segurança jurídica como a “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2009, p. 57).

O sistema do *civil law* difundiu a compreensão de que a segurança jurídica estaria vinculada ao estrito cumprimento da lei. É dizer que, desde que os juízes estivessem subordinados e vinculados a legislação, tal princípio estaria concretizado.

O que ocorre é que uma lei pode ser interpretada de diversas maneiras, inclusive estando essa interpretação fortemente ligada as percepções de vida que aquele juiz teve e o que ele entende por moral, ética, bons costumes, dentre outros, demonstrando-se um recurso nem sempre satisfativo na busca da segurança jurídica.

Daí a necessidade de aproximação do sistema *civil law* brasileiro à traços do sistema do *common law*. O que se espera é que a utilização dos precedentes para oferecer tratamentos idênticos para situações jurídicas idênticas possuindo estas as mesmas razões jurídicas, é estabilidade e celeridade processual.

Destacado a necessidade de se obter maior solidez e uniformidade jurisprudencial, José Carlos Barbosa (2012) aduz:

Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão. (MOREIRA, 2012, p. 46).

Assim, certo de que o princípio da segurança jurídica se trata de garantia constitucional, esta não vem sendo integralmente assegurada, uma vez que o *civil law* brasileiro dá possibili-

dade que os magistrados tenham muita liberdade ao proferir as decisões, o que causa grande diversidade de decisões sobre um mesmo tema.

O judiciário brasileiro, portanto, busca uma solução para que possa resolver o problema da segurança jurídica.

5.2 OS PRECEDENTES, A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A *RATIO DECIDENDI*

Em linhas rasas, pode-se dizer que o marco da utilização de precedentes no Brasil se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que trouxe os enunciados de súmula vinculante que seriam editadas pelo Supremo Tribunal Federal, exclusivamente. Fora introduzido ainda a repercussão geral nas matérias objeto de recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Para que se comece a razoar a implementação do modelo dos precedentes, a primeira preocupação do Judiciário brasileiro deverá ser a precisão das fundamentações das decisões. Uma decisão se prestará a resolver aquele litígio apenas se apropriadamente firmada em teses e preceitos legais, e igualmente, somente assim se prestará para produzir efeitos em decisões futuras de situações análogas, como dito por Tiago Asfor Rocha Lima (LIMA, 2013).

Sob este prisma, apesar de parecer simples, a aplicação dos precedentes e a devida fundamentação das decisões guardam um complexo mecanismo a ser compreendido.

A decisão judicial pode ser dividida em três partes: a realidade fática daquele cenário; a lógica ou racionalidade utilizada para resolver aquela situação; e por fim a tese jurídica principal para decisão. Esta tese jurídica essencial é chamada de *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* é o núcleo que compõe a parte principal das decisões que serão utilizadas para vincular casos futuros. Este elemento é o fruto da elaboração de uma tese abstrata pelo magistrado para decidir sobre aquele contexto. Esta tese servirá de base para a solução dos casos futuros que forem baseados no mesmo cenário fático, remetendo aquela mesma linha de raciocínio para dirimi-los. Neste diapasão, a resposta ao caso concreto é indicada pelos dispositivos da decisão. Já o precedente é identificado pela fundamentação jurídica que gerou a linha de raciocínio solucionar o caso (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Em contraponto a *ratio decidendi*, tem-se o *obiter dictum*, que pode ser definido como a parte da decisão que não se faz essencial para chegar-se ao seu raciocínio. Ou seja, trata-se de conteúdo acessório da decisão, sendo esta desnecessária para o desfecho da demanda, mas que auxilia a obtenção do entendimento suficiente para que se forme o núcleo principal.

Apesar de não haver um consenso do método adequado para distinguir estes dois institutos na prática, a incorporação dos precedentes parece ter estreita relação com a identificação destes elementos, considerando a preocupação com liberdade dos juízes na aplicação destes. Portanto, vê-se necessário ao menos a compreensão dos institutos para que se tente chegar o mais próximo de distingui-los durante a atividade jurisdicional.

É dizer que quanto mais acertada e específica for a estruturação da *ratio decidendi* feita pelo juiz, melhor será o ajuste da fundamentação correspondente a outro caso concreto, e por consequência a formação do precedente.

O judiciário brasileiro, a muito carrega consigo um legado trazido pelo civil law: não conferimos aos fatos tanta relevância quanto se deveria. Acredita-se que “os casos sempre encontrariam solução na lei” (MARINONI, 2015). “A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o direito jurídico almejado pelo autor” (MARINONI, 2015).

Os reflexos de tal tradição são facilmente percebidos ao ver o modo como o qual utiliza-se os precedentes judiciais, que frequentemente é feito “de forma atabalhoada e sem critério algum pela maior parte dos operadores do direito” (LIMA, 2013). Os precedentes são meramente reproduzidos de forma exemplificativa, sem que haja um desenvolvimento do fundamento e argumentação baseado naquele paradigma.

Conforme determina o artigo 489, §1º, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015, não será considerada fundamentada a decisão judicial 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, 2015).

Entretanto, não raramente, os juízes, ao fundamentar suas decisões, se limitam a apenas citar a norma e/ou somente colaciona a ementa de um julgado, sem fazer uma análise integral de seu teor e um paralelo entre aquele e o caso concreto que está a julgar. Este indicada pelos dispositivos da decisão. Já o precedente é identificado pela fundamentação jurídica que gerou a linha de raciocínio solucionar o caso (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Em contraponto a ratio decidendi, tem-se o obter dictum, que pode ser definido como a parte da decisão que não se faz essencial para chegar-se ao seu raciocínio. Ou seja, trata-se de conteúdo acessório da decisão, sendo esta desnecessária para o desfecho da demanda, mas que auxilia a obtenção do entendimento suficiente para que se forme o núcleo principal.

Apesar de não haver um consenso do método adequado para distinguir estes dois institutos na prática, a incorporação dos precedentes parece ter estreita relação com a identificação destes elementos, considerando a preocupação com liberdade dos juízes na aplicação destes. Portanto, vê-se necessário ao menos a compreensão dos institutos para que se tente chegar o mais próximo de distingui-los durante a atividade jurisdicional.

É dizer que quanto mais acertada e específica for a estruturação da ratio decidendi feita pelo juiz, melhor será o ajuste da fundamentação correspondente a outro caso concreto, e por consequência a formação do precedente.

O judiciário brasileiro, a muito carrega consigo um legado trazido pelo civil law: não conferimos aos fatos tanta relevância quanto se deveria. Acredita-se que “os casos sempre encontrariam solução na lei” (MARINONI, 2015). “A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o direito jurídico almejado pelo autor” (MARINONI, 2015).

Os reflexos de tal tradição são facilmente percebidos ao ver o modo como o qual utiliza-se os precedentes judiciais, que frequentemente é feito “de forma atabalhoada e sem critério algum pela maior parte dos operadores do direito” (LIMA, 2013). Os precedentes são meramente reproduzidos de forma exemplificativa, sem que haja um desenvolvimento do fundamento e argumentação baseado naquele paradigma.

Conforme determina o inciso VI, §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, não será considerada fundamentada a decisão judicial 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, 2015).

Entretanto, não raramente, os juízes, ao fundamentar suas decisões, se limitam a apenas citar a norma e/ou somente colaciona a ementa de um julgado, sem fazer uma análise integral de seu teor e um paralelo entre aquele e o caso concreto que está a julgar.

Contudo, o que se percebe é que na prática, o juízo, apenas indicando os fundamentos dominantes que “demonstrem” que aquele caso concreto coincide com precedente já firmado, faz o julgamento do mérito enquadrando de plano aquela demanda àquele entendimento.

Passou-se da utilização da lei como fonte do direito para um novo sistema prometido para o Brasil. Será este ordenado pela defesa de teses produzidas pelos tribunais pautadas por uma suposta eficiência ou utilidade do direito que tem por objetivo resolver a crise numérica do judiciário, conforme afirma Lênio Streck “A utilidade está acima da Constituição” (STRECK, 2016, p. 119). É dizer a constitucionalidade vai perdendo espaço para a efetividade e a funcionalidade. (STRECK, 2016).

Neste contexto, haverá a aplicação de teses como se precedentes fossem. Nada obstante, questiona-se:

Porque é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)? Também não está explicado porque o precedente é/seria melhor do que a lei. Afinal, o que muda da lei para o precedente? Precedente não é texto? Ou precedente é um texto pré-interpretado? Ele já contém previamente as hipóteses de aplicação? (STRECK, 2016, p. 122).

Georges Abboud alega que os precedentes judiciais não deverão ser tratados como “uma decisão piloto” (ABBOUD, 2012, p. 86), sobre aquele tema, ou seja, não competiria ao Tribunal Superior no julgamento de um caso definir que tal decisão terá valor de precedente judicial, de modo que tal valor somente poderá ser conferido a esta decisão se esta vier a ser empregada em julgados posteriores (ABBOUD, 2012).

Aparenta-se que a legitimação dos precedentes tem um condão de reorganização institucional que sobrepõe o “quem deve decidir” ao “como se deve decidir”. Como dito anteriormente, trata-se da linha tênue entre um suposto realismo jurídico e colocar em cheque o princípio da legalidade.

Na teoria, a aproximação do sistema brasileiro de civil law com o common law pode trazer muitos benefícios para Judiciário e a sociedade como um todo. E esta, provavelmente é a intenção, principalmente no processo civil. É vislumbrada a segurança jurídica, a uniformização dos entendimentos acerca da mesma matéria e ainda a celeridade processual.

Por óbvio, espera-se que o caso concreto seja objeto de análise precisa e detalhada pelo órgão julgador de modo que fique a decisão/sentença que encaixa aquele caso à jurisprudência firmada, vastamente fundamentada. Caso realmente se encaixe, ter-se-ia o cenário perfeito de um judiciário célere e eficiente.

Entretanto, em que pese na teoria seja clara e virtuosa a aplicação do common law, trata-se de linha perigosamente tênue entre a valorização dos precedentes e a distanciação do

cumprimento do devido processo legal ou ainda que sejam garantidos princípios como contraditório ou ampla defesa.

6 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ainda com o objetivo de trazer novos institutos capazes de fornecer eficácia à prestação jurisdicional e sua uniformização, o CPC/15 trouxe em seu bojo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Tal instituto está previsto no Capítulo VIII do CPC/15 e tem sua instauração cabível quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.” (BRASIL, 2015), nos termos dos incisos I e II do art. 976 do CPC/15. Frisa-se que é procedimento de competência originária dos tribunais de justiça estaduais, regionais federais e regionais do trabalho.

Verificada a propositura e andamento de diversas ações que tratem sobre o mesmo tema no território nacional, que estes debates versem apenas sobre questões de direito e que a multiplicidade de processos sobre tal objeto gere risco de ofensa à isonomia ou segurança jurídica entre os litigantes, os legitimados – juiz ou relator; partes; ministério público; defensoria pública, estarão aptos a instaurar o IRDR, que deverá ter seu juízo de admissibilidade e julgamento de mérito realizado pelo competente tribunal.

Durante o processamento do IRDR e antes de seu julgamento de mérito, todos os processos pendentes que versem sobre aquele tema serão sobrestados.

Assim, quando do julgamento do IRDR pelo colegiado, será formada uma tese sobre a aquele desentendimento de direito material ou processual e seu resultado, munido de caráter vinculante, será estendido às causas pendentes, individuais ou coletivas, que possuem objeto similar.

Segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva, “a tese fixada deve possuir uma linearidade argumentativa de forma que seja reconhecida como um modelo decisório, capaz de gerar estabilidade decisória e segurança jurídica” (MENDES, SILVA, 2016).

Nos termos do art. 985 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I- a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II- aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015).

O precedente criado pelo IRDR será de cunho obrigatório e não persuasivo. Ou seja, mais uma vez, percebe-se a utilização dos precedentes como fonte na busca de soluções para controvérsias jurídicas.

Pelo uso deste instituto, milhares de casos concretos serão enquadrados em uma tese que supostamente abarca toda matéria ali discutida, sem que haja a observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

O processo somente será considerado devido quando contemplar a garantia do contraditório e ampla defesa; quando tiver duração razoável e garantia do acesso à jurisdição; quando respeitar a publicidade adequada e o regramento do juiz natural (DIDIER JR., 2015).

Ao implantar o IRDR e o julgamento em massa com a justificativa de uniformização da jurisprudência, não será garantido a todos aqueles litigantes daquela matéria tratada, a oportunidade de se manifestarem a respeito do julgamento de seu caso específico, sendo de plano inserido em uma tese, de modo que estará se suprimindo o direito constitucional de contraditório e ampla defesa deste cidadão.

O indivíduo será afetado por aquela decisão sem que dela tenha participado ou tenha tido a oportunidade de ter influência sobre seu resultado, não podendo esquivar-se, porém, de sua oponibilidade.

Seria a realização de audiências públicas previstas no §1º do art. 983 do CPC/15 suficientes para de fato dar ciência de todos e a oportunidade de os interessados exercerem seu direito de contraditório?

Ainda é cedo para se dizer sobre a efetividade deste novo procedimento e de seus efeitos práticos na sociedade, mas é certo que a condução do IRDR, sob o pretexto de assegurar garantias fundamentais, pode acabar por inviabilizá-los.

7 CONCLUSÃO

Apesar de ainda haver muitas diferenças entre os sistemas do common law e civil law, fato é que estes dois modelos vêm em uma crescente aproximação ao longo do tempo, de modo que, países do civil law tem dado espaço para os precedentes judiciais.

No Brasil, essa aproximação vem sendo muito observada, principalmente com o advento do CPC/15 que traz em seu texto a determinação da vinculação do entendimento dos magistrados e dos Tribunais Estaduais à orientação dada pelos Tribunais Superiores, por meio dos precedentes. O CPC/15 trouxe ainda o instituto do IRDR como inovação.

Percebe-se a patente valorização dos precedentes como nova fonte do direito, de modo que estes vêm perdendo seu caráter sugestivo e ganhando cunho cogente. A justificativa para essa mudança de paradigma está ligada à tentativa de preservação da segurança jurídica e a uniformização jurisprudencial.

Inegável que a adoção deste novo modelo possui diversos aspectos positivos e que em muito podem contribuir para que um mesmo tema jurídico tenha decisões judiciais uniformes, entretanto, é preciso fazer uma análise crítica do sistema judiciário brasileiro.

É necessário que os magistrados façam uma análise minuciosa do núcleo da decisão tomada como precedente e compare-as ao caso concreto. Assim, após uma decisão funda-

mentada e levando em conta as peculiaridades daquela questão e, se de fato ela se encaixa no precedente.

No que tange ao IRDR, entende-se que há a imposição de uma decisão fixada por uma tese jurídica construída, sem que fosse dada a oportunidade das partes se manifestarem e exercerem seu direito de contraditório e ampla defesa.

Assim, não se pode deixar de lado a necessidade de adequação e até mesmo preparação do judiciário brasileiro para o uso deste novo tipo de “procedimento”, tendo em vista que a singular importação destes mecanismos concebidos em culturas que muito diferem da brasileira podem gerar prejuízos aos bens que inicialmente procuravam proteger: segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL, 2015. *Lei nº13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

DA COSTA, Carla Regina Clark; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A proteção dos direitos fundamentais pelo processo constitucional no estado democrático de direito. *Revista Pistis Praxis*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 891-907, set. 2014. ISSN 2175-1838. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/7115>. Acesso em: 26 abr. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

FREITAS, Gabriela Oliveira. *O incidente de uniformização de jurisprudência no estado democrático de direito*. Dissertação. (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasGO_1.pdf. Acesso em 15 abr. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LIMA, Tiago Asfor Rocha Lima. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 2, p. 587, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas soluções sobre a solução coletiva de conflitos. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Coords.). *Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ANGELINI, Bruno Cavalcanti. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 dez.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>. Acesso em: 15 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii#sdfootnote8sym>. Acesso em: 15 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 set.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 15 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e Sobre o Panôrama da Aplicação no Direito Brasileiro – Análise da Convergência entre Civil Law e o Common Law e dos Problemas da Padronização Decisória. *Revista Processo*, v. 189, São Paulo, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

6.2

A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O PÁLIO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

GABRIELA NEPOMUCENO TANURE¹

RAFAEL DIAS MEDEIROS²

WILSON ENGELMANN³

RESUMO:

Este trabalho busca analisar a jurisprudência defensiva no STF e o acesso à atividade jurisdicional. Para tanto, foi investigado o formalismo no exame de admissibilidade dos recursos e a restrição ao acesso à jurisdição. Constatou-se que o formalismo excessivo no qual recursos são analisados desvia o objetivo principal da ação, a primazia da solução do mérito impedindo a análise do recurso. Conclui-se pelo excesso de processos pendentes de julgamento, considerando a técnica processual e uma possibilidade de diminuir as demandas sem violar a fundamental garantia constitucional do acesso à justiça. Utilizou-se o método hipotético dedutivo para realização de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Formalismo. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência Defensiva. Recursos.

ABSTRACT:

This paper seeks to analyze defensive jurisprudence in the STF and access to jurisdictional activity. The formalism in the examination of admissibility of appeals and the restriction of access to jurisdiction were investigated.

1 Graduada pela Universidade Fumec. E-mail: gabi-tanure@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6637703806287674>.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Professor universitário. Advogado. E-mail: rafaelmed@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6638626587948123>.

3 Pós-doutor em los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha, sob a supervisão do Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez; graduação em Direito, mestrado em Direito Público e doutorado em Direito Público, todos esses níveis de formação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br. *Orcid iD*: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7143561813892945>.

Como citar o presente artigo científico:

TANURE, Gabriela Nepomuceno; MEDEIROS, Rafael Dias; ENGELMANN, Wilson. A jurisprudência defensiva no Superior Tribunal de Justiça sob o pálio do princípio do acesso à atividade jurisdicional do Estado. In: CAMARGOS, Laís Alves; LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni; COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). *Direito Processual Civil e(m) Crise*: por uma (re)construção democrática do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2020, p. 165-180.

It was found that the excessive formalism in resources analyze deviates from the main objective of the action, the merit solution, preventing the analysis of the resource. It concludes by the excess of pending trial cases, considering the procedural technique and a possibility to reduce the demands without violating the constitutional guarantee of access to justice. The hypothetical deductive method was used to carry out bibliographic research.

KEYWORDS: Formalism. Superior Court of Justice. Defensive Jurisprudence. Resources.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade analisar a aplicação da jurisprudência defensiva no Superior Tribunal de Justiça, sob o enfoque do princípio do acesso à justiça, que pode ser conceituada como o posicionamento dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), sendo o STJ o foco do presente estudo, nos quais são utilizados critérios de admissibilidade pautados no excesso de técnica e formalidade, com o propósito de obstar o exame do mérito recursal, o que viola diretamente o princípio do acesso à justiça.

Nesse sentido, a finalidade dessa prática processual é diminuir a quantidade de recursos pendentes de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como de novas demandas, uma vez que o órgão jurisdicional se encontra sobrecarregado de processos sobrestados aguardando decisão.

Após a Constituição de 1988, o Brasil passou por um processo de jurisdicionalização, razão pela qual os órgãos do Poder Judiciário começaram a receber uma enorme quantidade de processos relativos às lides do dia-a-dia da sociedade. A consequência prática do aumento das demandas ajuizadas foi o desenvolvimento de técnicas para “trancamento” dos recursos e diminuição dos conflitos pendentes de julgamento (VIANNA, 1997). Em virtude disso, a jurisprudência defensiva pode ser considerada como uma prática atentatória à garantia constitucional do acesso à justiça, pois impede que o mérito recursal (direito material) seja devidamente analisado, apreciado e julgado.

A aplicação dessa técnica, conforme ficou explicitado é verificar a preponderância aos requisitos formais dos recursos, colocando em segundo plano o direito material demandado pelos recorrentes. Assim, a presente pesquisa pretende tentar solucionar o problema do excesso de recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e assegurar o exame o mérito dos processos pendentes de recurso para efetivação da qualidade da prestação jurisdicional no Brasil.

Isso posto, para dirimir o problema do volume de processos pendentes de julgamento perante o STJ, ao invés da utilização da jurisprudência defensiva melhor seria aplicar, analogamente, o filtro da repercussão geral já utilizado pelo STF ou a aprovação do Projeto de Emenda Constitucional 206/12- que acresce novo critério para admissibilidade de Recurso Especial no STJ, qual seja, a relevância da questão federal.

A repercussão geral trata-se de uma opção constitucional (artigo 102, § 3º da CR/88, acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004) que permite a seleção dos recursos que serão levados a julgamento, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social e ou econômica. Assim, com a aplicação do instituto da repercussão geral ou a aprovação da PEC 206/12 nos recursos levados a julgamento perante o STJ, seria possível a filtragem das temáticas rele-

vantes reduzindo assim o contingente dos processos encaminhados a ele sem a aplicação de um formalismo não descrito em lei.

O presente estudo terá como marco teórico uma análise da jurisprudência defensiva nos acórdãos dos recursos interpostos perante o STJ e do princípio do acesso à justiça, tendo por base as obras de estudiosos como José Miguel Garcia Medina, Fredie Didier Júnior, Humberto Gomes Barros, José Carlos Barbosa Moreira, dentre outros.

2 ENTENDENDO A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

A jurisprudência defensiva é uma técnica processual que representa a reunião de diversos julgados dos tribunais com o objetivo de dificultar o exame do mérito recursal (Direito Material) dos recursos interpostos. Essa prática se materializa, mediante a utilização de acórdãos ou decisões monocráticas do relator que avalia com rigidez os pressupostos de admissibilidade dos recursos.

Dessa forma, a prática tem como característica a constituição de reiterados entendimentos dos Tribunais, principalmente os Superiores (STJ, TST, TJM, STF), para impedir a admissibilidade e prosseguimento dos recursos, por apego a questões meramente formais.

Nesse sentido, a análise dos pressupostos de admissibilidade e do mérito recursal são situações comuns pelos Tribunais ao realizarem sua atividade jurisdicional, todavia a utilização de “manobras” para obstar o exame do mérito recursal trata-se de uma formalização exacerbada que prejudica a entrega de uma tutela jurisdicional satisfativa àqueles que pleiteiam seus direitos em juízo.

Diante disso, conforme afirma Luiz Werneck Vianna, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil sofreu um intenso processo de jurisdicionalização, ou seja, a sociedade passou a pleitear seus direitos no Poder Judiciário ocasionando, conseqüentemente, um drástico aumento na quantidade de processos e recursos a serem examinados.

Por isso, os Tribunais sobrecarregados de processos pendentes de julgamento e sem saber como solucionar esse problema, desenvolveram esse instituto objetivando coibir ou diminuir o excesso de demandas tramitando em seus juízos.

Nesse diapasão, segundo o site institucional do STJ, em 1989, quando se iniciaram os trabalhos do referido órgão cerca de 3.550 dos 6.103 processos foram julgados. Em 2007, essa marca chegou a 313 mil demandas sendo que foram julgadas aproximadamente 277 mil ações. Em 2012, o Tribunal apresentou seu recorde em soluções, tendo decidido 287.293 dos 289.524 processos encaminhados.⁴

Ainda segundo dados institucionais, a quantidade de processos pendentes de solução varia entre 6% e 8% nos últimos anos. Em 25 anos de funcionamento (1989-2014) o STJ apreciou cerca de 4.386.299 ações, incluindo os mais variados tipos recursais, como recursos especiais, agravos regimentais e embargos de declaração.

⁴ STJ, Superior Tribunal de Justiça. Nasce o Recurso Especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial>. Acesso: 20 maio 2020.

Esses números refletem a amplitude do problema enfrentado, bem como a sobrecarga do Poder Judiciário e a consequente morosidade enfrentada pelos profissionais do Direito. Vale dizer que, tratando-se os Tribunais de órgãos colegiados, organizar e gerir o acervo processual se torna ainda mais complexo, visto que o estudo do caso necessita exame por mais de um magistrado e, conseqüentemente, maior tempo para análise.

Historicamente, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, o Código de Processo Civil de 1973 (conhecido como Código de Buzaid), em razão das disposições e interpretações de alguns dispositivos, permitia a aplicação demasiada da jurisprudência defensiva e possibilitava que os Tribunais evitassem decisões meritórias.

Ocorre que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi instaurado um novo paradigma para redução da aplicação da jurisprudência defensiva, conforme se depreende da leitura dos artigos 218, parágrafo 4º, que discorre sobre a validade de um ato praticado antes mesmo do termo inicial do prazo; do artigo 321 que prevê a possibilidade de emenda à petição inicial, sem necessariamente a extinção do processo sem resolução de mérito; do artigo 1.007, parágrafo 2º, que permite a intimação da parte para complementação do recolhimento do preparo do recurso, dentre outros.

Ademais, devido ao novo diploma processual civil, o princípio da primazia do mérito ganhou força significativa estando expressamente estampado nos artigos 4º e 6º do Código de Processo Civil, que descrevem que as partes têm direito à solução do mérito de suas demandas em prazo razoável e que todos os sujeitos do processo devem cooperar para a duração razoável do processo com decisão de mérito para efetividade da prestação jurisdicional (BRASIL, 2015)

Trazendo especificamente as orientações desse princípio na parte especial do Código de Processo Civil, encontram-se nas disposições da fase recursal dispositivos que tratam das características e requisitos dos recursos, sendo que nos artigos 932, parágrafo único e 938, parágrafo primeiro, observa-se algumas disposições diretamente relacionadas com esse princípio, visto que determinam que incumbe ao relator conceder prazo de 05 (cinco) dias para que as partes possam sanar eventuais vícios ou complementar documentação e que nos casos de vício sanável o relator do processo deverá determinar a realização ou renovação do ato processual para solução (nos casos de julgamento de preliminares suscitadas antes do julgamento de mérito (BRASIL, 2015).

A partir da análise dos dispositivos supracitados, percebe-se a clara intenção dos idealizadores do Código e do legislador em proteger os interesses dos recorrentes e em levar aos demandantes uma prestação jurisdicional de qualidade e efetiva, em conformidade com os princípios estampados na Constituição de 1988.

Nesse seguimento, algumas formalidades foram superadas como é o caso da exigência da expressa menção do número do processo de origem na guia de recolhimento das custas, a intempestividade de recurso interposto antes do termo inicial de contagem do prazo, a possibilidade de complementação do preparo evitando que o processo seja imediatamente declarado como deserto e a instrumentalidade com o aproveitamento dos atos praticados, dentre outros casos.

No entanto, outras formalidades ainda permanecem sendo utilizadas como é o caso de recursos especiais que deixam de indicar a violação no artigo 1.022 do CPC – nos casos de alegação de omissão, contradição ou obscuridade –, impossibilidade de comprovação posterior

de feriado local e a necessidade de impugnação integral da decisão denegatória de recurso especial.

Diante do exposto, nota-se que a exigência de requisitos formais para exame do mérito recursal é prática amplamente utilizada nos tribunais e ficou conhecida pela doutrina como jurisprudência defensiva. A criação desse instituto é fundamentada e pertinente, entretanto ela viola o princípio do acesso à justiça e do princípio da primazia do mérito descrito nos artigos 4º e 6º do Código de Processo Civil.

3 CONTEXTUALIZANDO O CAMPO DE PESQUISA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça não existia antes da promulgação da Constituição de 1988 que, nos artigos 104 e 105, o instituiu com a finalidade de auxiliar e diminuir a quantidade de demandas pendentes de julgamento perante o STF, visto que até então no ordenamento jurídico brasileiro existia apenas uma espécie recursal excepcional (o recurso extraordinário).

Dessa forma, parte da competência do STF foi delegada ao STJ e uma nova espécie de recurso excepcional surgiu, nomeado como Recurso Especial. Assim, face à necessidade de criação de mais um Tribunal Superior para auxiliar o STF na solução de conflitos, restou determinado que o STF seria guardião da Constituição Federal e o STJ seria responsável por assegurar o cumprimento das Leis Federais.

À vista disso, constata-se que o STJ é foro competente para uniformização das jurisprudências e interpretações das normas jurídicas relacionadas às Leis Federais. Por isso, tem a responsabilidade de solucionar definitivamente as demandas alusivas às matérias cíveis e penais que não revelem afronta à Constituição e nem à justiça especializada (trabalhista, eleitoral e militar).

3.1 COMPETÊNCIA RECURSAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: a admissibilidade dos recursos

Conforme restou evidenciado anteriormente, o mencionado órgão jurisdicional foi criado com o objetivo de auxiliar o Supremo Tribunal Federal a diminuir a quantidade de recursos extraordinários, pois absorveu a competência relacionada ao exame de recursos com fundamento na interpretação e ofensa às leis federais (MENDES; BRANCO, 2014).

Interessante ressaltar que o recurso ordinário, de competência do Superior Tribunal de Justiça, é a medida cabível para revisão ou anulação de decisões denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança decididos em última ou única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, bem como nos casos em que forem partes, Estado estrangeiro ou organismo internacional de um lado, e do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País, nos termos do artigo 105, inciso II, alíneas 'a' até 'c' da Constituição Federal de 1988.

Além disso, cabe destacar que o prazo para interposição do recurso será de 05 dias em caso de Habeas Corpus (art. 30 da Lei 8.039/90) e de 15 dias em caso de mandado de segurança (art. 33 da Lei 8.038/90), sendo que nesse último caso, o recorrido também terá 15 dias para oferecimento das contrarrazões (art. 1.028, § 2º, do CPC). Todavia, caso o Mandado de Segurança seja de matéria criminal, a competência para julgamento será do STF nos termos da súmula 319 da mencionada Corte.

A competência recursal do Superior Tribunal de Justiça comporta, também, os casos de interposição de Recurso Especial. Esse recurso tem como objetivo contestar decisões proferidas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, desde que exista afronta direta a Tratado ou Lei Federal ou em caso de ser negada sua vigência; for julgado válido ato de governo local em face de lei federal ou dar à lei federal interpretação contrária a que outro tribunal tenha lhe atribuído, conforme prevê o artigo 105, inciso III, alíneas 'a' até 'c' da Constituição Federal de 1988.

Em se tratando de competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, interessante trazer à baila os requisitos de admissibilidade dos recursos. Previamente, quanto ao juízo de admissibilidade, importante ressaltar que todo recurso, após interposto, passará pelo seu crivo. Ademais, insta salientar que ele pode ser positivo ou negativo a depender da sua viabilidade, sendo viável (positivo) o recurso terá seu mérito analisado, sendo inviável (negativo) o recurso terá seu andamento impedido ("trancado"), tornando-se impossível o estudo do mérito apresentado pelo recorrente. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Falando especificamente do caso dos recursos extraordinário e especial, nos termos do artigo 1.030 do CPC, percebe-se que a decisão sobre a admissibilidade dos recursos é medida essencial, sendo uma preliminar fundamental para exame do mérito recursal. Dessa forma, trata-se de um juízo necessário e definitivo, realizado pelo juízo *ad quem* feito pelo ministro relator do processo, sendo que será analisada a possibilidade de análise das razões apresentadas pelo colegiado do Tribunal.

Ressalta-se que, nos termos do artigo citado, o presidente ou vice-presidente do Tribunal poderá tomar as seguintes medidas após citar a parte contrária: (1) negar seguimento ao recurso extraordinário, caso seu objetivo era discutir questão constitucional que não tenha repercussão geral reconhecida pelo STF ou interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o entendimento da Suprema Corte, demonstrado em julgamento de repercussão geral; (2) negar seguimento a recurso extraordinário ou especial interposto em face de acórdão em conformidade com entendimento dos tribunais superiores, expresso em julgamento de recursos repetitivos; (3) encaminhar processo ao juízo *a quo* para retratação, caso o acórdão recorrido esteja em consonância com entendimento das Cortes superiores, apresentado em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo.

Urge salientar que, a decisão do relator que reconhecer a inadmissibilidade do recurso é passível de Agravo ao Tribunal Superior (Agravo em Recurso Especial ou Extraordinário) e a que solicitar o juízo de retratação poderá ser impugnada através da interposição de Agravo Interno.

Outro ponto importante está relacionado com os dois grupos em que os requisitos de admissibilidade são divididos (requisitos intrínsecos ou subjetivos e requisitos extrínsecos ou objetivos). Os requisitos intrínsecos ou subjetivos são aqueles relacionados com a própria exis-

tência do poder de recorrer, sendo eles: Cabimento, Legitimidade, Interesse e Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Os requisitos extrínsecos ou objetivos são os relacionados ao exercício do direito de recorrer sendo, portanto, “a recorribilidade da decisão, a adequação, a singularidade, o preparo, a tempestividade, a regularidade formal e a motivação do recurso.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 920).

Nesse seguimento, se faz mister apresentar resumidamente as características de cada um dos elementos que constroem os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

O cabimento está diretamente relacionado com os recursos que o Código de Processo Civil determinou como existentes no ordenamento jurídico brasileiro (apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência), sendo, portanto, um rol taxativo disposto no artigo 994 e tem relação com a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir (GONÇALVES, 2017).

Vale ressaltar que existem outras espécies de recursos descritos em leis especiais, como é o caso do recurso inominado abordado na Lei nº 9.099/95.

A legitimidade dispõe sobre quem são as pessoas que podem recorrer de uma decisão, sendo que essas pessoas são a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, nos termos do artigo 996 do CPC. Assim, para recorrer de um determinado ato do magistrado é necessário ter interesse e prejuízo, não bastando ser parte no processo ou querer meramente recorrer.

O interesse recursal é requisito de admissibilidade que descreve que para recorrer “é preciso que, por meio do recurso, se possa conseguir uma situação mais favorável do que a obtida com a decisão ou a sentença” (GONGALVES, 2017, p. 1.044).

Assim, não existirá interesse recursal se a parte tiver tido um resultado benéfico e/ou o melhor resultado possível diante do que foi demandado, ou seja, não existe nada para ser melhorado. Nesse sentido, o interesse está relacionado com a sucumbência, ou seja, o sucumbente é que tem interesse de recorrer. Ocorre que existe uma exceção – os embargos de declaração – em que o interesse está relacionado com possibilidade de sanar um vício (contradição, obscuridade, omissão e erro material).

A inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer está relacionada com a existência de algumas figuras processuais que colocam fim à possibilidade de recorrer. Dentro dessa categoria temos a desistência de recorrer (ocorre quando a pessoa abdica total ou parcialmente de ter seu recurso julgado, ou seja, acontece após a interposição do recurso); a renúncia ao direito de recorrer (quando a parte, depois de iniciado o direito de recorrer, desiste dele de forma expressa, ou seja, acontece antes de se apresentar o recurso) e aquiescência (a parte que aceitar de forma clara ou tácita a decisão proferida perde o direito de recorrer).

O preparo de um recurso é a necessidade de recolhimento de custas judiciais e no caso dos processos físicos o valor de porte e remessa dos autos, é o pagamento de um valor previamente fixado para exercício do direito de recorrer. Existe uma exceção para o recolhimento de custas que é o caso de a parte ser beneficiária da justiça gratuita.

A tempestividade está relacionada com o prazo que a lei dá a parte para recorrer da decisão proferida pelo juízo. Esse prazo é peremptório (não pode ser modificado pela vontade das

partes ou do magistrado), não podendo ser dilatado, salvo em casos específicos (suspensão ou interrupção como, por exemplo, em caso de recesso forense e falecimento de advogado de uma das partes). A regra trazida pelo CPC é de que o prazo dos recursos descritos no artigo 994 é de 15 (quinze) dias, salvo os embargos de declaração que tem prazo de 05 dias. Existem outros prazos para recursos tratados em leis especiais como é o caso do recurso inominado que tem prazo de 10 (dez) dias.

A regularidade formal está relacionada à existência de requisitos formais específicos para interposição de cada um dos recursos, esses requisitos são aqueles determinados em lei sendo, por exemplo, a necessidade de peças específicas no agravo de instrumento e do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário.

Falando em regularidade formal, importante destacar que essa regularidade não pode ser exagerada, conforme é o objeto de discussão desse trabalho, exatamente para evitar a existência de um formalismo exacerbado, com a consequente construção de jurisprudências defensivas.

Por último, a motivação significa dizer que os recursos precisam apresentar as exposições de fato e de direito, as fundamentações e os pedidos para que seja demonstrada a motivação de sua interposição e, conseqüentemente, que não seja considerado inepto.

4 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do Acesso à Justiça é um princípio essencial que norteia a Teoria Geral do Processo Civil e, além dessa nomenclatura usual, também é conhecido como “princípio do acesso a ordem jurídica justa”, “princípio da inafastabilidade da jurisdição” ou “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” (BUENO, 2016).

Esse princípio encontra seu fundamento constitucional no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988 que prevê: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e fundamento no caput artigo 3º do Código de Processo Civil. Através desse enunciado podemos conceber que o legislador constitucional se preocupou em fornecer ao povo brasileiro o amplo acesso ao Poder Judiciário.

Analisando a concepção de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão da análise do Poder Judiciário, devemos compreender que se trata da garantia ao direito de ação, isto é, um dever de os tribunais apreciarem as demandas/pretenções colocadas pelas partes a sua decisão. Nesse sentido, sabendo que a jurisdição é voluntária e precisa ser provocada, sabe-se que uma vez provocado, o Estado-juiz não pode negar a prestação jurisdicional, tendo que apresentar uma resposta ao demandante, ainda que esta seja negativa, informando a inexistência de direitos a serem tutelados ou a impossibilidade de designar quais os direitos foram violados, ou seja, ainda que a resposta não seja concreta ou satisfatória cabe aos órgãos jurisdicionais apresentá-la.

Ademais, importante destacar que o artigo 3º do Código de Processo Civil, determinou a possibilidade de solução de conflitos por meio de métodos alternativos, como é o caso da arbitragem, da conciliação e da mediação.

Outrossim, em se tratando de métodos alternativos de solução de conflitos, interessante explicitar que, nos termos do entendimento do STF⁵, a Lei de Arbitragem permitiu a solução mais célere dos conflitos, por intermédio da atuação de um árbitro (pessoa habilitada, mas completamente particular sem ligação com o Poder Judiciário ou possibilidade de se recorrer da decisão) e sem a necessidade de homologação da decisão pelo Poder Judiciário, sem poder ser considerada inconstitucional e sem ofender ao princípio do acesso à justiça.

Assim, ofender o princípio do acesso à justiça seria, por exemplo, determinar a necessidade de ser esgotar as vias administrativas para propositura de ação judicial – exceto o caso da Justiça Desportiva, como prevê o artigo 217, parágrafo 1º da CF/88) ou o caso do trabalho em tela, apresentar excessivos requisitos de admissibilidade para que um recurso seja conhecido (ou seja, a manifestação de jurisprudências defensivas).

Neste sentido, para assegurar ainda mais o acesso à Justiça, os legisladores adotaram a criação de diversas medidas, como é o caso da criação de Juizado Especiais Cíveis e Federais (leis 7.244/84, 9.099/95 e 10.259/01); à Defensoria Pública e o incentivo à criação de núcleos de prática jurídicas nas faculdades de direitos, com atendimento gratuito; a possibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita, conhecida popularmente como justiça gratuita (lei 1.060/50), dentre outras medidas.

Enfim, a função do princípio do acesso à justiça é impedir que o cidadão tenha seu direito à prestação jurisdicional afastado, impedido ou obstacularizado, fazendo com que suas demandas tenham resposta, ainda que sejam consideradas improcedente.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: CASO SUPERADO E CASO AINDA EXISTENTE DE APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de jurisprudência defensiva, entendia que, mesmo sendo o recorrente beneficiário da justiça gratuita, ele deveria fazer a renovação do pedido porque o deferimento desse pedido em momento anterior não alcançava automaticamente as interposições posteriores. Assim, caso o recorrente não fizesse o pedido de renovação da justiça gratuita o recurso era considerado deserto.

Essa imposição do STJ encontrava fundamento no artigo 551, caput do Código de Processo Civil de 1973 – Código de Buzaid⁶. No entanto, a aplicação dessa regra feria diretamente a garantia ao direito à assistência judiciária plena e o princípio do acesso à justiça, uma vez que a lei exigia apenas a comprovação da condição de hipossuficiência pelo interessado, sem constar expressamente no texto do Código de Processo Civil de 1973 ou da Lei nº 1.060/50

5 Agravo Regimental n. 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence: “discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, pormaioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF” (GONÇALVES, 2017, p.45)

6 Nome dado em homenagem um dos principais elaboradores do Projeto do Código de Processo Civil – Alfredo Buzaid –, que foi um jurista, advogado, magistrado e professor brasileiro.

(estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados), qualquer alusão à necessidade de renovação do pedido já previamente concedido.

Nesse diapasão era o entendimento do Colendo STJ, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. ART. 128 DA LEI 8.213/91. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. INEXISTÊNCIA DO BENEFÍCIO, NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. VIGÊNCIA DO ART. 128 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.099/2000. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA SANAR OMISSÃO, SEM EFEITOS INFRINGENTES. I. Na forma da jurisprudência da Corte Especial do STJ, "O preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, sendo certo, outrossim, que na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores. Precedente desta Corte" (STJ, AgRg nos EAREsp 321732/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, DJe de 23/10/2013). II. O art. 128 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 10.099/2000, vigente à época da interposição do Recurso Especial, não previa qualquer benefício de isenção de custas. III. Diante desse quadro, não havendo a renovação do pedido de assistência judiciária, no momento da interposição do Recurso Especial, e não subsistindo, no art. 128 da Lei 8.213/91, após a edição da Lei 10.099/2000, o benefício da isenção de custas, o Recurso Especial é, de fato, deserto. IV. Embargos de Declaração acolhidos, para sanar a omissão apontada, sem atribuição de efeitos infringentes. (STJ - EDcl nos EDcl no AREsp: 399852 RJ 2013/0323292-5, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 04/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014). (BRASIL, 2014).

Ademais, no acórdão supramencionado o STJ deixa claro que esse era um posicionamento amplamente aplicado, expressando claramente um caso de jurisprudência defensiva, nesse diapasão:

A Corte Especial do STJ também pacificou-se no sentido de que "o preparo deve ser feito no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção, sendo certo, outrossim, que na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores" (EDcl no AgRg nos EAREsp 221.303/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 27.3.2014). (BRASIL, 2014).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e mudança de seus paradigmas, principalmente no que se refere à valorização do mérito e à inserção de novos dispositivos legais sobre o instituto da justiça gratuita, o STJ alterou seu entendimento anterior e passou a considerar a eficácia da concessão da gratuidade de justiça para todos os atos processuais posteriores à sua concessão, sem necessidade de renovação do pedido. Nesse seguimento é o acórdão do Colendo STJ, exposto a seguir:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. APELAÇÃO. DESERÇÃO. CONCESSÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA QUE SE ESTENDE A TODOS OS ATOS DO PROCESSO, ENQUANTO

NÃO REVOGADA EXPRESSAMENTE. 2. EVENTUAL OMISSÃO DO JUÍZO A QUO ACERCA DO PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DEFERIMENTO TÁCITO, A AUTORIZAR A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO SEM O RECOLHIMENTO DO PREPARO RESPECTIVO. 3.

APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO NA HIPÓTESE. 4. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal dispõe no sentido de que, uma vez concedida a gratuidade da justiça, tal benesse conserva-se em todas as instâncias e para todos os atos do processo, salvo se expressamente revogada. 2. A Corte Especial do STJ assenta que se presume “o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita não expressamente indeferido por decisão fundamentada, inclusive na instância especial. [...] A ausência de manifestação do Judiciário quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita leva à conclusão de seu deferimento tácito, a autorizar a interposição do recurso cabível sem o correspondente preparo” (AgRg nos EAREsp 440.971/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 3/2/2016, DJe 17/3/2016). 3. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime, devendo ser analisado em caso concreto o caráter abusivo ou protelatório do recurso, o que não se verifica na hipótese. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1137758/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2020, DJe 08/05/2020). (BRASIL, 2020).

Dessa forma, após a vigência do Código de Processo Civil e do seu artigo 99, parágrafo sétimo, o STJ corretamente percebeu que uma vez concedida a gratuidade de justiça ela não precisa de renovação, bem como mesmo que essa seja requerida em sede de recurso o recorrente não precisa comprovar o recolhimento das custas, porque incumbe ao relator apreciar o pedido e caso indeferi-lo conceder prazo para parte para recolher as custas, sem considerar diretamente o recurso como deserto.

A comprovação posterior de feriado local é outro caso de jurisprudência defensiva aplicada no âmbito do STJ, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Essa comprovação é a exigência de que a constatação da presença de um feriado local – não nacional – seja feita no momento da interposição do recurso e não posteriormente a ela.

Urge salientar que a existência de um feriado local dilata o prazo de interposição de um recurso, uma vez que, após o advento no Código de Processo Civil de 2015, os prazos passaram a ser contados em dias úteis, excluindo-se da contagem os feriados e finais de semana (artigo 212 do CPC).

Essa temática sofreu diversas alterações, visto que em alguns momentos o STJ reconheceu a possibilidade de comprovação posterior do feriado local - Agravo em Recurso Especial n. 137.141/SE – e após implementação do Código de Processo Civil de 2015, interpretando o artigo 1.003, parágrafo sexto, desse diploma legal, o mencionado órgão jurisdicional passou a considerar a impossibilidade de comprovação posterior de feriado local, devido à redação do artigo que descreve que “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

Nesse diapasão é a jurisprudência do Colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIO INEXISTENTE. REDISSCUSSÃO DA CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que ficou consignado que “o recorrente deve comprovar

'a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso,' de maneira que fica inviabilizada a apresentação de documento hábil em momento posterior para demonstrar sua tempestividade. Nos recursos protocolados na vigência do novo Código de Processo Civil, como no caso concreto, para fins de aferição de tempestividade, a ocorrência de feriado local deverá ser comprovada, mediante documento idôneo, no ato da interposição do recurso, o que não ocorreu no caso concreto".² A Corte Especial concluiu, em 3.2.2020, o julgamento de Questão de Ordem no REsp 1.813.684/SP, definindo o efetivo alcance do resultado dela. Ficou explicitado que a modulação vale apenas para a segunda-feira de carnaval (ou seja, para os recursos interpostos no período entre a vigência do novo CPC e a data da publicação do acórdão no REsp 1.813.684, se o feriado que tornar controvertido o juízo de intempestividade for a segunda-feira de carnaval, compete ao Relator, primeiramente, conceder prazo para que a parte recorrente comprove que a referida segunda-feira de carnaval foi considerada feriado local).³ Já aos demais feriados locais, portanto, aplica-se a jurisprudência existente (ou seja, é intempestivo o REsp interposto, na vigência do novo CPC, sem a comprovação imediata de sua tempestividade. Nesses casos, não caberá a abertura de prazo para comprovação posterior).⁴ A Turma desproveu o apelo com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.⁵ Os argumentos do embargante denotam mero inconformismo e intuito de rediscutir a controvérsia, não se prestando os Aclaratórios a esse fim.⁶ Embargos de Declaração rejeitados.(EDcl no AgInt no AREsp 1461843/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2020, DJe 14/05/2020). (BRASIL, 2020).

Assim, o STJ fazendo uma clara interpretação legalista, literal e isolada do dispositivo normativo do artigo 1.003, parágrafo sexto do CPC, ignora completamente outros dispositivos existentes no Código e a interpretação teleológica, excluindo os princípios da primazia do mérito e do acesso à justiça, criando uma nova hipótese de jurisprudência defensiva e impedindo o andamento de diversos processos, exclusivamente por um critério formal.

6 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA SOB O ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

Diante do exposto, percebe-se que a aplicação da jurisprudência defensiva no STJ é prática corriqueira que se altera de acordo com a legislação vigente e, regra geral, tem relação com a interpretação das normas processuais civis, ignorando completamente a primazia do mérito e, principalmente o acesso à justiça, enfoque principal do presente estudo.

A Constituição Federal de 1988 ao garantir o acesso à justiça determinou que o Poder Judiciário não pode deixar de analisar qualquer tipo de lesão ou ameaça a direito, portanto pretendeu garantir, por meio de uma cláusula pétrea, que o Poder Judiciário exercerá sua função primordial de forma adequada. No entanto, a jurisprudência defensiva é uma prática completamente contrária a essa garantia e direito, pois impede que os demandantes tenham acesso a uma prestação jurisdicional satisfativa.

Dessa forma, não podendo criar formalidades maiores do que as já apresentadas em lei é necessário pensar formas de controlar a quantidade de processos que diariamente chegam

para exame perante o STJ. Nesse sentido, diante da necessidade de diminuir os processos para serem julgados perante os órgãos, contudo sem ferir direitos e garantias, foi apresentado no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 209/12, que tem como finalidade acrescentar novo critério para admissibilidade de Recurso Especial no STJ.

Esse critério seria a relevância da questão federal, que faria com que os processos que fossem levados ao STJ tivessem que comprovar que o tema discutido no recurso teria relevância jurídica federal, bem como ser capaz de demonstrar a necessidade do pronunciamento do mencionado órgão jurisdicional para solucionar alguma situação de impacto e relevância geral.

Para aqueles que propuseram a aprovação da PEC 209/12, a maioria dos recursos levados a julgamento perante o STJ têm o propósito de afetar apenas as partes do processo, sem maiores influências para a população como um todo.

Assim, o objetivo dessa Proposta de Emenda à Constituição é diminuir a atuação do STJ como um órgão de “terceira instância”, ou seja, revisor de decisões proferidas em 1º e 2º graus, para ficar mais restrito à atuação como defensor da ordem federal e da efetivação do motivo que derivou sua instituição pela Constituição Federal de 1988, que é a uniformização das jurisprudências relacionadas à interpretação das Leis Federais.

Por fim, a aprovação da mencionada PEC seria uma excelente medida para barrar a infinidade de processos que são diariamente levados a julgamento pelo STJ, bem como seria uma ótima saída para colocar fim à prática da jurisprudência defensiva. Dessa forma, o STJ teria uma queda na quantidade de processos pendentes de julgamento e a população não seria surpreendida com a aplicação da jurisprudência defensiva.

6.1 A REPERCUSSÃO GERAL COMO UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Caso a PEC 209/12 não seja aprovada, outra medida interessante para tentar solucionar a problemática enfrentada pelo STJ seria a criação de um instituto similar à repercussão geral que foi criada para diminuir a quantidade de processos levados a análise do Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva, essencial traçar algumas considerações sobre o mencionado instituto. A repercussão geral é a união entre a relevância jurídica da demanda e a transcendência (aspecto que ultrapassa os interesses das partes litigantes e afeta toda a coletividade). Além disso, caso o “recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, também haverá repercussão geral.” (PADILHA, 2014, p. 1132).

Dessa forma, a temática/discussão apresentada no recurso extraordinário deve apresentar alguma questão de impacto econômico, político, social ou jurídico, sendo que é necessário comprovar apenas um deles, bem como deve ultrapassar os limites de interesses das partes do processo para que o recurso seja analisado pelo Tribunal (PADILHA, 2014).

Ressalta-se que é uma opção constitucional descrita no artigo 102, parágrafo terceiro da Constituição de 1988, acrescido por meio da Emenda Constitucional 45/2004 e regulamentado pelos artigos 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – conhecida como reforma do Poder Judiciário – que permite a seleção dos Recursos Especiais que serão levados a julgamento perante o STF.

Conforme se depreende da leitura do Código de Processo Civil de 2015, esse é um requisito formal constitucionalmente e infra constitucionalmente reconhecido para provimento do Recurso Extraordinário e que se encontra expressamente descrito no artigo 1.035, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil.

Salienta-se que a repercussão geral funciona como um filtro que possibilita a diminuição do número de processos encaminhados para julgamento na Suprema Corte. Assim, criar um instituto análogo dentro da estrutura do Superior Tribunal de Justiça iria permitir a mesma diminuição de demandas e colocaria fim à aplicação da jurisprudência defensiva trazendo segurança jurídica e uma prestação jurisdicional mais efetiva e satisfativa.

Enfim, com a aplicação do instituto da repercussão geral, nos Recursos Especiais levados a julgamento perante o STJ, seria possível a filtragem das temáticas relevantes e consequentemente a diminuição do contingente dos processos encaminhados a ele sem a aplicação de um formalismo não descrito em lei.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo foi produzido com a finalidade de demonstrar a prática da jurisprudência defensiva, através da explanação sobre tal instituto no Superior Tribunal de Justiça sob o pálio do Princípio do Acesso à Justiça, para tanto discorreu sobre seu conceito, a competência recursal do STJ, os requisitos de admissibilidade dos recursos levados a julgamento desse órgão jurisdicional, teceu explicações sobre o princípio do acesso à justiça, analisou jurisprudências e por fim, apresentou uma proposta para solução do caso: a relevância da questão federal.

Assim, restou evidenciado que a aplicação da jurisprudência defensiva é uma prática atentatória à dignidade da justiça, uma vez que fere claramente o princípio da primazia do mérito e, principalmente, do acesso à justiça (objeto de análise do presente estudo).

Notadamente, o STJ encontra-se à frente de uma demanda excessiva de recursos pendentes de julgamento e se não apresentar uma medida para diminuição da quantidade de recursos levados a julgamento, dentro de pouco tempo, estará diante de uma questão insolúvel.

Ocorre que, criar requisitos de admissibilidade recursais não dispostos em lei, através de jurisprudências defensivas ou interpretar a lei de forma ineficaz às partes e ao exame do mérito, não pode ser alternativa para sanar a questão, visto que apenas gera insegurança jurídica e vedação ao acesso à justiça pelos demandantes

Nesse sentido, o presente trabalho expôs casos superados de jurisprudência defensiva, devido ao advento do Código de Processo Civil de 2015 e, ainda, casos supervenientes à vigência dessa legislação, demonstrando como essa prática sempre foi um óbice ao exercício da garantia constitucional do acesso à justiça, impedindo que os cidadãos obtenham uma prestação jurisdicional satisfativa e efetiva.

A aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 209/12, acrescentando o requisito da relevância da questão federal, ou a criação de um instituto semelhante à repercussão geral, seria a melhor maneira de solucionar o problema do excesso de recursos perante o STJ, asse-

gurando assim uma prestação jurisdicional satisfatória para os demandantes sem violação ao princípio do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 maio 2020.
- BRASIL, STJ - *EDcl nos EDcl no AREsp: 399852 RJ 2013/0323292-5*, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Julgamento: 04/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153677449/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-nos-edcl-no-aresp-399852-rj-2013-0323292-5/certidao-de-julgamento-153677466?ref=serp>. Acesso em: 21 maio 2020.
- BRASIL, STJ - *AgInt no AREsp 1137758/SP*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/05/2020, DJe 08/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824707392/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1442296-sp-2019-0037741-0?ref=serp>. Acesso em: 21 maio 2020.
- BRASIL, STJ - *EDcl no AgInt no AREsp 1461843/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/05/2020, DJe 14/05/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 24 maio 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Nasce o recurso especial*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial>. Acesso em: 21 maio 2020.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROS, Humberto Gomes, Íntegra do discurso disponível na Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça (BDJUR). Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16933/1/Discurso_Posse_Gomes+de+Barros.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.
- CIUFFO, Diogo Carneiro. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 3.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FREITAS, Theonio. *O novo CPC e a jurisprudência defensiva*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38552/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva>. Acesso em: 21 maio 2020.
- FLORESTEIRO, Maria Pedreiro. *A proposta de Emenda Constitucional 209/12: repercussão geral para o Recurso Especial*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43743/a-proposta-de-emenda-constitucional-209-2012>. Acesso em: 20 maio 2020.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MARTINS, Flávia Bahia. *Direito Constitucional*. 2. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; DIDIER JR. F.; TALAMINI, E.; DANTAS, B. (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, Nilcéia Lage de. *Fórum de normalização, padronização, estilo e revisão do texto científico: perguntas, respostas, discussões e questionamentos sobre ABNT, projetos, monografia, dissertações, teses, artigos científicos e livros*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>. Acesso em: 23 maio 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recursos e procedimentos nos tribunais no novo código de processo civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

NUNES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THORODO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.

VAUGHN, Gustavo Fávero; VEIGA, Natália Salvador. *A jurisprudência defensiva ataca novamente*. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente%C2%B9>. Acesso em: 22 maio 2020.

VAUGHN, Gustavo Fávero. *A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual*. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RPro_n.254.17.PDF. Acesso em: 24 maio 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.



UNIVERSIDADE
FUMEC

