



Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

Estudos em homenagem à
Leila Buazar

83
janeiro/julho 2016

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



83

JANEIRO/JULHO 2016



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior*



ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10^o andar – Jardim Paulista
CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (11) 3286-7016/7009
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

**Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior**

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Fábio André Uema Oliveira, Joyce Sayuri Saito e Mirian Kiyoko Murakawa

Comissão Editorial

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio

Créditos Fotográficos

Marcelo Vigneron / Alto Contraste
Paulo Cerciari / Folhapress

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 400 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
HOMENAGEM.....	XI
A ADVOCACIA PÚBLICA E O APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	1
Derly Barreto e Silva Filho	
A AUTONOMIZAÇÃO DA TUTELA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA CONFORME O ART. 304 DO CPC/15 E A EFETIVIDADE DO PROCESSO	39
Nayara Crispim da Silva	
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE NA VISÃO DE ROBERT ALEXY	57
Diego Brito Cardoso	
CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA POR MEIO DO REGIME DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS.....	81
Pedro Fabris de Oliveira	
DEFICIENTE CONTROLE NO PEDIDO E NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA ESTIMULA A LITIGÂNCIA DESNECESSÁRIA E O CONGESTIONAMENTO DO JUDICIÁRIO ..	115
Clério Rodrigues da Costa	
O ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA – BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL	145
Davi Eduardo Depiné Filho	

O JULGAMENTO PARCIAL DE MÉRITO NO NOVO CPC 159
Américo Andrade Pinho

TUTELA DE URGÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO DE 2015 E NO DIREITO COMPARADO..... 191
Caio Augusto Nunes de Carvalho

TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA E O ACESSO À JUSTIÇA..... 235
Paula Ferraresi Santos

Apresentação

Em março deste ano, falecia a Procuradora do Estado aposentada Leila Buazar, cuja passagem pela Instituição ficou indelevelmente associada à prestação de assistência judiciária aos necessitados, atribuição que até 2006 integrava o elenco de funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Com efeito, dedicou quase trinta anos de sua vida profissional às questões jurídicas trazidas pela população carente, tendo exercido a Chefia da Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital e, na gestão do Procurador Geral Sérgio João França, o cargo de Subprocuradora Geral da Área da Assistência Judiciária.

Nesse período de gestão (entre março de 1987 e março de 1991), convivemos diuturnamente no Gabinete do Procurador Geral, pois ocupei, à época, o cargo de Procurador do Estado Chefe de Gabinete. Pude, então, testemunhar o compromisso de nossa homenageada com a advocacia pública, à qual se dedicou por inteiro, o que lhe rendeu muitas e eternas amizades no seio da carreira.

Mas, no relevante e variado elenco de atribuições que então competia à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, sem dúvida a sua predileção era pela assistência judiciária, o que lhe permitia exercer a advocacia com elevado sentido de humanidade e amor ao próximo. Enquanto Subprocuradora Geral da Assistência Judiciária, nos primórdios da anterior Lei Orgânica da PGE (Lei Complementar nº 478/86), sua atuação foi decisiva para a estruturação da Área, que englobava a complexa gestão do Fundo de Assistência Judiciária.

Leila Buazar sempre defendeu a permanência da assistência judiciária no âmbito da PGE/SP, lado a lado com sua diletta amiga, a Procuradora Geral Norma Kyriakos, que viam nessa atividade “o braço social da advocacia pública”. Durante algum tempo partilhei desse ponto de vista. Entretanto, o advento da Constituição de 88, secundada pela Carta paulista de 1989, e, principalmente, o crescimento exponencial

da advocacia pública e da assistência judiciária, em termos qualitativos e quantitativos, convenceram-me de que a implantação da Defensoria Pública em São Paulo era, para além de um imperativo constitucional, a solução mais adequada para a prestação da assistência judiciária aos necessitados, beneficiando, indiretamente, a própria advocacia pública, regida por princípios de atuação institucional totalmente diferenciados. A visão aguerridamente defendida pela saudosa e querida Leila foi correta a seu tempo. Tenho a plena convicção de que a teria superado, caso se convencesse, como eu, de que era preciso dar autonomia ao nosso embrião de Defensoria Pública para melhor atender os destinatários da atividade.

Cabe-me referir, ainda que de maneira singela, ao conteúdo de mais esse número especial da Revista da PGE, especial porque homenageia uma ilustre Procuradora, a Dra. Leila Buazar.

Em face da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, era de se esperar que predominassem nos trabalhos encaminhados à Comissão Editorial aqueles direcionados à compreensão dessa importante novação legislativa e à projeção de seu impacto no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, os artigos de Paula Ferraresi Santos, assinando a importância da tutela inibitória coletiva na prevenção de danos a interesses coletivos ou difusos; de Nayara Crispim da Silva, enfatizando a necessidade de ser amplamente explorado o instituto da estabilização da tutela antecipada, que poderia contribuir positivamente para a efetividade da prestação jurisdicional; de Américo Andrade Pinho, examinando o julgamento parcial de mérito no novo CPC; de Caio Augusto Nunes de Carvalho, trazendo apontamentos sistematizados sobre a tutela de urgência no novo CPC e no Direito Comparado. Nessa vertente, merece destaque o artigo de Pedro Fabris de Oliveira, por se conduzir ao estudo do sistema de precedentes obrigatórios introduzido pelo CPC/2015, demonstrando a contribuição relevante que poderá dar a advocacia pública à formação e aplicação desses precedentes judiciais.

Na Revista da PGE sempre andaram lado a lado as novidades legislativas e doutrinárias com a exposição sistemática da doutrina clássica. Anoto, neste passo, que algumas novidades iconoclásticas de vinte anos atrás no plano do Direito Constitucional tornaram-se doutrina dominante, como é o caso da teoria do jurista alemão Robert Alexy a propósito

da colisão entre direitos fundamentais, vistos por ele como princípios. A importância pragmática desse aporte doutrinário alienígena foi bem analisada por Diego Brito Cardoso, registrando a imprescindibilidade da argumentação racional para a solução de conflitos interpretativos no caso concreto, na linha dos postulados traçados por Alexy para a solução de problemas de colisão entre princípios (direitos), quais sejam, as conhecidas regras de ponderação e proporcionalidade.

Em uma revista elaborada predominantemente por advogados públicos e dirigida, precipuamente, ao aprimoramento da advocacia pública não poderiam faltar trabalhos dedicados a essa finalidade. Desse teor o artigo de Derly Barreto e Silva Filho, defendendo a participação mais intensa dos Procuradores e Advogados Públicos na fase de formação das políticas públicas e a estruturação de órgãos especializados, compostos por esses profissionais, com a missão de prestar o assessoramento técnico-legislativo ao Governo, para que os projetos de lei de sua iniciativa respeitem à Constituição e tenham apurado padrão de qualidade formal. Tais diretrizes encontram eco na atual Lei Orgânica da PGE/SP (Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25-8-2015), que transferiu para o Gabinete do Procurador Geral a antiga Assessoria Técnico-Legislativa da Casa Civil do Gabinete do Governador, dotando-a de atribuições que lhe permitem interferir, positivamente, no processo normativo, visto como um todo.

Esta edição especial, todavia, não estaria completa se dela não constassem autores dedicados à assistência jurídica integral e gratuita aos desprovidos de recursos. Ninguém melhor do que o ex-Procurador do Estado (com atuação na Procuradoria de Assistência Judiciária – PAJ) e atual Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, Davi Eduardo Depiné Filho, para traçar um panorama da evolução institucional da Defensoria Pública paulista nesta última década, dando concretude ao mandamento do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Coube a ele, por dever de justiça, sublinhar que a própria Instituição que o abrigou em seus quadros, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no mandato anterior do atual Governador e deste Procurador Geral, gestou o projeto que viria a se converter na Lei Orgânica da Defensoria Pública paulista (Lei Complementar Estadual nº 988, de

9-1-2006), legislação essa cujo caráter vanguardeiro muito contribuiu para a afirmação da Defensoria Pública no País.

Uma das razões pelas quais se decidiu instituir a Defensoria Pública em São Paulo, apartando as suas atribuições do plexo de funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, foi a crescente litigiosidade intraorgânica. Vale dizer, cada vez mais, a defesa dos necessitados opunha a Assistência Judiciária ao Contencioso Geral da PGE, assunto esse particularmente delicado quando abordava o questionamento de políticas públicas avalizadas juridicamente pela Instituição. Essa contraposição de objetivos (defesa da coisa pública – PGE e defesa dos interesses privados dos necessitados – Defensoria Pública) não poderia faltar também neste número especial da Revista da PGE, predisposto a homenagear uma personalidade que viveu de perto o conflito. O artigo do Procurador Clério Rodrigues da Costa, de modo provocativo, mostra que o deficiente controle no pedido e na concessão do benefício da justiça gratuita pode servir de estímulo ao aumento da litigiosidade e, conseqüentemente, ao congestionamento do aparato judiciário.

Creio que essa breve apresentação se mostra suficiente para instigar o leitor a se embrenhar na apreciação dos artigos que integram esse número da Revista da PGE, deixando perenizada nos anais da Instituição a homenagem à Procuradora Leila Buazar, autêntica paladina da assistência judiciária brasileira.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Homenagem

Minha manifestação nesta obra inicia-se com uma homenagem à grandiosa colega, advogada e ex-Procuradora Geral do Estado, Norma Kyriakos.

Pessoa ativa, com uma visão sempre à frente do presente, que deixa sua marca de compromisso e competência por onde passa, Norma me procurou, acompanhada de outros colegas merecedores de igual homenagem, para que eu, na qualidade de Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo – APESP, liderasse a organização de uma justa homenagem à ilustre colega Leila Buazar, que tanto abrihantou nossa Instituição, por longos anos, em sua firme atuação na Assistência Judiciária, inclusive como Subprocuradora Geral dessa área.

De imediato, abracei a ideia e me reuni com o Procurador Geral do Estado de São Paulo, Elival da Silva Ramos, que também a acolheu, reservando esta edição da Revista da PGE-SP para homenagear condignamente Leila Buazar.

Há um ponto da ilustrada trajetória de Leila Buazar que poucos conhecem ou de que se recordam: atuou por muitos anos à frente da diretoria da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo – APESP, nas gestões de 1967/1968 e 1968/1969, quando exerceu o cargo de Segunda-secretária; e de 1978/1980 e 1980/1982, como Tesoureira Geral.

Na ocasião em que era Segunda-secretária, teve importante participação na campanha para aquisição da primeira sede própria da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, que funcionava, até então, em sala contígua à do Procurador Geral do Estado.

A Procuradora do Estado Leila Buazar deixou marcas indeléveis de sua atuação na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e deve ser sempre lembrada por seu grandioso espírito público, generosidade, competência e necessária e dosada austeridade.

Salve Leila Buazar!

MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
*Presidente da Associação dos Procuradores
do Estado de São Paulo – APESP*

Saudade

Leila, chefe que se tornou amiga fraterna, mas nunca deixou de ser chefe querida, pela competência, exemplo de ética, seriedade profissional, lealdade e comprometimento com nossa instituição. Saudades para sempre.

YARA BLASI

Sempre dizia que Leila, mais do que minha prima, era minha amiga. E foi minha mentora também. Foi ela quem me inspirou a cursar a faculdade de direito, e me incentivou, anos depois, a prestar concurso para ingressar na carreira de Procurador do Estado. E, quando cheguei ao quarto andar da PAJ, fui acolhida pelas leiletas, termo carinhoso para designar o grupo de procuradoras do Estado amalgamadas pela Leila, que então chefiava a Seção do Contencioso Geral: Yara Blasi, Ediva Marino, Dora Barreto. Marcia Zanotti juntou-se a nós alguns meses depois, quando também pediu transferência da seção penal para a do contencioso geral. Ao grupo das leiletas juntou-se mais tarde Sylvia Monlevade, agregada por intermédio da Marcia. Nós nos reuníamos sempre no aniversário de cada uma, íamos almoçar em algum restaurante do centro. E depois que nos aposentamos, continuamos a nos encontrar, almoçando em restaurantes os mais diversos. E no aniversário da Marcia, sempre em sua casa. Não há nada mais gratificante do que ter grupo de amigos, e é um privilégio dele fazer parte. E isso somente foi possível graças a Leila, que, com seu carisma, soube agregar pessoas com as mais diferentes características, mas que tinham em comum a alegria de estarem juntas. Ah, esse fenômeno instigante, o da amizade, como dizia Arthur da Távola.

DAISY BUAZAR

A doutora Leila Buazar deixa uma saudade doída, mas também reconfortantes lembranças. Da amiga leal e sincera, da chefe correta, digna, justa, da então PAJ-31, que nos ensinou, acima de tudo, a vestir a camisa da Procuradoria de Assistência Judiciária, a lutar pela sua valorização, a trabalhar em equipe, com um único escopo: a defesa dos menos favorecidos.

Certa vez, observando-nos sempre juntas, nos seminários ou encontros em defesa da permanência da Unidade na PGE, que ela liderou com denodo, nosso colega, Dr. Nestor Duarte, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, admirado com a relação de respeito e amizade que existia entre nós, carinhosamente nos apelidou de “leiletos”, título que aceitamos e ostentaremos sempre com muito orgulho.

EDIVA APARECIDA PELLIN MARINO

Ingressei na carreira de Procurador do Estado em 1980 e, já no ano seguinte, conheci Leila Buzar, pois, sem prejuízo de minhas atribuições na Consultoria Jurídica da Secretaria da Saúde, fomos trabalhar juntos como Corregedores Auxiliares, surgindo a amizade sincera que durou mais de 35 anos, quando ela nos deixou, ficando o vazio que jamais será preenchido.

Desde aquela época, passei a admirá-la como Procuradora exemplar, dedicada à causa pública, estudiosa, advogada aguerrida dos necessitados, de opiniões firmes, sem tergiversar com os princípios e que, nas chefias que ocupou, da própria PAJ e como Subprocuradora Geral do Estado da área, exercia a autoridade, sobretudo moral, sem descuidar de afabilidade peculiar.

Líder incontestante de uma geração de Procuradores da Assistência Judiciária, reuniu ao seu redor um grupo de Procuradoras que, durante muitos anos, enobreceram a prestigiosa PAJ, dando-lhe o tom de sua nobilíssima atuação. Agregadamente a esse grupo, embora sempre na área consultiva, cerramos fileira, enquanto possível foi, para a manutenção do serviço de assistência judiciária na PGE, participando de memoráveis Congressos Nacionais de Procuradores do Estado, e juntos publicamos, na Revista da PGE (jan/dez 1984), o artigo *Assistência Judiciária e as garantias de ampla defesa e instrução criminal contraditória: distinção necessária*.

Por aí se vê quão privilegiado fui de privar de sua amizade, em razão do que se abriram a mim as portas de sua casa; em reuniões agradabilíssimas, muitas delas festivas, também em nossa casa, com minha esposa Regina e toda a família, inúmeras vezes a tivemos entre nós, alegrando-nos e distribuindo o que dela tinha de melhor, com gentileza, atenção, carinho e invulgar educação.

É imensa a saudade.

NESTOR DUARTE

A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro¹

Derly Barreto e Silva Filho²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A função legislativa do Poder Executivo no Estado Social: a lei como instrumento de governo; 3 – A consultoria e o assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública; 3.1 – O assessoramento técnico-legislativo no Estado de São Paulo; 3.2 – O assessoramento técnico-legislativo na União; 3.3 – O assessoramento técnico-legislativo no Estado de Minas Gerais; 4 – A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento das normas jurídicas; 4.1 – A função social da Advocacia Pública como fator de legitimação democrática do Direito; 4.2 – O dever de acautelamento jurídico da Advocacia Pública; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1 O presente texto corresponde, com acréscimos doutrinários e atualizações legislativas – notadamente as que se impõem face à *nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, publicada em 26 de agosto de 2015 –, à tese intitulada “A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito”, apresentada e aprovada no XL Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, realizado em 2014, em João Pessoa, Estado da Paraíba.

2 Procurador do Estado de São Paulo, Presidente do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo – SINDIPROESP (biênio 2015-2016), Conselheiro Eleito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2013-2014), Diretor do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP, Professor do Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, Membro da Comissão de Direito Constitucional, da Comissão da Advocacia Pública e da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP (triênio 2016-2018) e autor do livro intitulado “Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário” (Malheiros Editores, 2003).

1. Introdução

Dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal (STF) revelam que, das ações diretas de inconstitucionalidade efetivamente conhecidas desde 5 de outubro 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal, mais de 60% delas foram julgadas *total ou parcialmente procedentes*³. Ainda que não abranja todos os atos normativos editados pela União e pelos Estados, o número impressiona e preocupa, ao apontar para a *baixa qualidade técnica* (material e formal) dos textos normativos brasileiros.

No contexto europeu, de acordo com o Relatório Mandelkern, elaborado pelo Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa constituído pela Comissão Europeia, estima-se que a carga legislativa represente entre 2% e 5% do PIB – Produto Interno Bruto. Outrossim, aqui como alhures, sabe-se que um *ato normativo de qualidade* evita que os cidadãos, as administrações públicas e as empresas fiquem submetidos a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro, e confere maior segurança jurídica às relações sociais⁴.

No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo.

A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho⁵, em tom crítico, aponta para a “profunda insatisfação sentida perante a unilateralidade dogmática da *metodologia tradicional* que se compreende ou autocompreende exclusivamente como ciência da aplicação do direito (...) e não também como ciência da normação jurídica”. E adverte:

“As consequências metodológicas e práticas desta perspectiva têm sido postas em relevo nos últimos tempos. Por um lado, obrigam a dogmática e a metódica jurídicas a se concentrar na «fase pós-natal do Direito» (...) e a excluir dos interesses científicos dos juristas a «fase pré-natal», ou seja, os momentos genéticos das normas.

3 Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

4 *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, nº 29, p. 13 e 14.

5 Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 407 e 408.

Daqui resulta a curiosa situação, vinda já do século XIX, de cada vez mais os juristas e politólogos lidarem com problemas de legislação sem que, no mínimo, lhes seja fornecida qualquer preparação técnica e crítica quanto ao objeto central do seu trabalho cotidiano”⁶.

Mais adiante, arremata sua crítica: “No plano da formação dos juristas, a ciência do direito compreendida como «ciência de aplicação» conduziu aos resultados postos incisivamente em relevo por Pestalozza: ‘As universidades têm produzido até aqui aplicadores do direito (...), mas não «fazedores» do direito (...)’”⁷.

A *produção jurídica* constitui, pois, terreno tremendamente fértil e auspicioso para atuação institucional da Advocacia Pública do século XXI, que pode e deve conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de *intérpretes* a *partícipes da elaboração* de leis e atos normativos qualitativamente bons e melhor ajustados aos estalões de juridicidade.

A presente investigação objetiva demonstrar que a efetiva participação da Advocacia Pública no processo de formação das normas jurídicas sob o prisma técnico pode constituir notável fator de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2. A função legislativa do Poder Executivo no Estado Social: a lei como instrumento de governo

É cediço que, no Estado Liberal, as funções exercidas pelo Poder Público limitavam-se à de guarda-noturno, à de garantia da propriedade e da liberdade individuais, tais como professadas pela burguesia. A atividade administrativa estava contida em limites estreitos e o Estado devia respeitar os direitos individuais, que se consideravam, a princípio, independentes da administração estatal e cujas relações com ela eram relativamente escassas⁸.

6 Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 408.

7 Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação, p. 409.

8 Neste sentido, Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224

O quadro altera-se com a crescente intervenção do Estado nos mais variados âmbitos da vida social, que faz com que as suas funções se ampliem e se intensifiquem, e se altere a posição dos cidadãos em face da sua atividade. Esclarece Angel Latorre ⁹: “A administração realiza hoje uma actividade *configuradora* da ordem social. Não é só protectora duma ordem estabelecida, mas cumpre uma tarefa de prestação de serviços ao cidadão, o qual se encontra cada vez mais numa relação de dependência para com ela. A administração invade progressivamente os mais variados aspectos da vida, e poucos são os campos de relações jurídicas em que hoje não surja, e com carácter decisivo, uma dimensão administrativa”.

No Estado Social, o Poder Público estende o seu campo de atuação para alterar a realidade social e resolver os problemas decorrentes do abuso das liberdades individuais no plano das relações econômicas, causa das profundas desigualdades sociais. À medida que a sociedade exige respostas prontas e rápidas para questões particularizadas e custosas, as competências dos Poderes do Estado realinham-se paulatinamente.

Além dos direitos individuais clássicos, o Poder Público passa a promover a tutela de bens e direitos de relevo social, como saúde, moradia, educação, trabalho, previdência, transporte, interferindo no domínio privado, instituindo limitações à liberdade e propriedade individuais, avocando e orientando atividades antes deixadas ao inteiro talante da livre iniciativa.

Deparando-se com todas essas incumbências, o Estado transforma-se em um agente de prestações positivas em favor do indivíduo e da coletividade, obrigado a decisões prontas e tecnicamente complexas. Naturalmente, o pêndulo dessa nova ordem político-jurídica inclina-se para o Poder Executivo. O Estado, outrora legislativo e distante, converte-se em um Estado administrativo, que presta serviços, executa obras públicas, fiscaliza operações bancárias, emite e resgata títulos da dívida pública, cria instituições de fomento, realiza investimentos e financiamentos, explora e monopoliza atividades econômicas, contrata serviços, nacionaliza indústrias, cria empresas, regula o exercício de

⁹ Angel Latorre, *Introdução ao direito*, p. 223 e 224

profissões, reprime o abuso do poder econômico, combate endemias, executa ações de vigilância sanitária.

É bem verdade que as profusas intervenções do Estado-administrador não prescindem de um substrato normativo. Entretanto, observa Fernanda Dias Menezes de Almeida ¹⁰, as leis oriundas do Poder Legislativo nem sempre se revelam os instrumentos adequados para dar conta das necessidades legislativas do Estado-providência. Os Parlamentos, por sua vez, nem sempre conseguem, a tempo e hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam, pois as normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão ensejo a delongas e oportunidade a manobras e retardamentos ¹¹.

Ao lado das normas jurídicas gerais e abstratas, de intenção duradoura, ganham importância, no Estado Social, regulações que se destinam à modificação, muitas vezes urgente, de situações concretas ¹². Trata-se de medidas que decorrem das exigências da sociedade pluralista e tecnológica que o Parlamento representa.

Essas circunstâncias, a par de outras ¹³, levaram ao rompimento do monopólio da atividade legiferante pelo Legislativo, com o correlato deslocamento do centro de gravitação político-jurídica para o Executivo. Governar, professa Boris Mirkine-Guetzévitch ¹⁴, “não é somente «executar» ou aplicar as leis; governar é dar impulso à vida pública, tomar as iniciativas, preparar as leis”. O Parlamento não perde o seu

10 *Imunidades parlamentares*, p. 44.

11 Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 14.

12 Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, p. 396.

13 Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, o desempenho da atividade parlamentar é também afetado pela falta de conhecimentos técnicos por parte dos parlamentares. Afirma o autor: “A experiência moderna, com o acréscimo da intervenção do Estado em todos os setores, pela exigência de uma multiplicação do poder normativo, torna o Poder Legislativo de todo ineficaz para realizar toda a sua tarefa, principalmente quando se trata de matéria técnica que escapa aos conhecimentos da média dos elementos que o integram” (*Teoria do Estado*, p. 301).

14 *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 33. Para René Capitant, citado por Boris Mirkine-Guetzévitch, “governar não é mais agir no quadro das leis existentes, governar é dirigir essa própria legislação, governar, em uma palavra, é legislar...” (idem, *ibidem*).

poder de legislar; compartilha-o com o Executivo, tecnicamente mais apto a expedir as regulações com a prontidão esperada.

A coparticipação do Legislativo e Executivo na função política opera-se em consideração às características estruturais, processuais e de legitimação destes órgãos. Bem explica Nuno Piçarra, *in verbis*: “a imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a «dianteira» de informação e de «margem de manobra» sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução da função política no Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e actuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo”¹⁵.

Com a intervenção do Estado na economia, a lei tende cada vez mais a se transformar em um *instrumento de governo*, circunstância que resultará na perda de seus clássicos atributos de *norma* e na sua transmutação em *medida de ação*. O conceito de lei – comando normativo estatal emanado do Poder Legislativo e dotado dos predicados de *generalidade*, *abstração* e *permanência* – não mais se amolda à sociedade complexa contemporânea, que exige do Estado medidas concretas, tópicas, de duração limitada. Veem-se, hoje, lado a lado, as leis-garantia e as leis-instrumento. Na síntese de Cristina Queiroz, “é hoje usual afirmar-se que se governa não só segundo as leis, e no limite das leis, mas ainda *através* das leis”¹⁶.

A iniciativa das leis, a delegação legislativa e os poderes de veto e de edição de atos com força de lei outorgados ao Executivo são exemplos de institutos que efetivaram esse consórcio funcional.

Apesar da incontestável revitalização do Parlamento brasileiro – que foi contemplado, em número consideravelmente maior, com competências que interferem nas atividades estatais tipicamente administrativas

15 *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução*, p. 252.

16 *O Parlamento como factor de decisão política*, p. 72.

do Estado ¹⁷ –, permaneceram incólumes, na Constituição de 1988, muitas das *competências legislativas atípicas* que o regime autoritário anterior havia atribuído ao Poder Executivo.

Na ordem constitucional vigente, o Executivo inter-relaciona-se com o Legislativo e interfere em suas atividades típicas quando, por exemplo, o Presidente da República: 1) convoca extraordinariamente o Congresso Nacional (art. 57, § 6º, II); 2) propõe emenda à Constituição (art. 60, II); 3) elabora leis delegadas (art. 68); 4) inicia o processo legislativo (art. 84, III), muitas vezes privativamente (art. 61, § 1º^º); 5) solicita urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º); 6) sanciona, promulga e faz publicar as leis, bem como exped

17 Atualmente, o Poder Legislativo inter-relaciona-se com o Poder Executivo, e assim o controla, quando, por exemplo: 1) susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); 2) fixa os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (art. 49, VIII); 3) julga, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e aprecia os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); examina e emite pareceres sobre os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, e também sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República (art. 166, § 1º, I); examina e emite parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais e exerce o acompanhamento e a fiscalização orçamentária (art. 166, § 1º, II); 4) fiscaliza e controla, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); 5) convoca Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*); 6) procede à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II); 7) aprova previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de magistrados, Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República, Governador de Território, Presidente e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos que a lei determinar (art. 52, III, *a a f*); 8) aprova previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV); 9) convoca, por intermédio de suas comissões, Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições e solicita depoimento de qualquer autoridade (art. 58, § 2º, III e V); 10) recebe, por meio de suas comissões, petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (art. 58, § 2º, IV); 11) as comissões parlamentares apreciam programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emite parecer (art. 58, § 2º, VI); 12) cria comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para a apuração de fato determinado e por prazo certo (art. 58, § 3º); e 13) exerce, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*).

decretos e regulamentos para sua fiel execução (art. 84, IV); 7) veta projetos de lei, total ou parcialmente (art. 84, V); 8) dispõe, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (art. 84, VI, *a e b*); e 9) edita medidas provisórias com força de lei (art. 84, XXVI). E, além dessas previsões, o Poder Executivo inter-relaciona-se com o Poder Legislativo por meio do comparecimento dos Ministros de Estado ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados ou a qualquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério (art. 50, § 1º).

Esse arranjo orgânico-funcional, como se verá, repercute intensamente nas atribuições que o Estado Democrático de Direito brasileiro reserva à Advocacia Pública, principalmente no tocante à consultoria jurídica e ao assessoramento técnico-legislativo do Poder Executivo «legislador».

3. A consultoria e o assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública

Cabe à Advocacia Pública, por meio de suas consultorias e assessorias, orientar, dar suporte e coadjuvar o Poder Executivo no desempenho eficaz das várias competências legislativas atípicas que lhe foram constitucionalmente conferidas (cf. arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

Trata-se de atribuição que extrapola os tradicionais limites internos da Administração Pública em sentido estrito, para se projetar para além das “pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa” e da atividade administrativa exercida por estes entes ¹⁸, *alcançando*, reflexamente, *toda a sociedade*.

Em que pese essa relevante atribuição constitucional, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, ainda não revelou todas as suas potencialidades.

18 São esses dois elementos que compõem, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de Administração Pública em sentido estrito (*Direito Administrativo*, p. 88).

À guisa de exemplo, hoje, no Estado de São Paulo, os anteprojotos de lei e as minutas de decreto em matéria tributária são analisados pela Procuradoria de Assuntos Tributários, órgão integrante da Procuradoria Geral do Estado¹⁹, somente quando solicitado pelo Secretário da Fazenda ou determinado pelo Procurador Geral. Ou seja, é a conveniência política e não o rigor jurídico que propende a falar mais alto nessa seara, circunstância preocupante, porquanto, como referido em outro espaço²⁰, sabe-se que as políticas públicas tributárias são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio Governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal e de avaliações de impacto normativo. Possuem, na dicção de Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo, certa invisibilidade: “As questões tributárias são produzidas em uma arena decisória caracterizada por especificidades importantes. Em primeiro lugar, malgrado sua importância mais ampla na economia e na sociedade, as políticas na área tributária, em contraste com as decisões relativas ao gasto público, possuem uma certa invisibilidade (...) para os atores sociais. B. Guy Peters, um dos poucos cientistas políticos a estudar sistematicamente a questão, apontou com perspicácia que o mesmo volume de benefícios que teriam grande visibilidade numa autorização de gasto poderia muito facilmente passar despercebido na legislação tributária (...). A relativa «invisibilidade», e incerteza quanto aos impactos, da renúncia fiscal e dos impostos indiretos (...) constituem um incentivo para que os atores políticos e elites burocráticas escolham esses mecanismos em lugar de instrumentos que produzem maior conflito”²¹. Ainda na síntese dos autores, “trata-se de uma arena onde predominam decisões de grande complexidade, cujas técnicas só são acessíveis a especialistas”²².

19 Cf. art. 43, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015.

20 Derly Barreto e Silva Filho, A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas, *in*: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 91 e 92.

21 A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, *in*: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

22 A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, *in*: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

Se, por meio de políticas públicas, são concebidas predisposições que, no decurso de sua progressiva realização, poderão vir a prejudicar as pessoas, essas predisposições podem tornar-se tanto mais irreversíveis quanto mais progride a sua execução, de modo que é fundamental assegurar que, *desde a sua concepção*, elas se amoldem à ordem jurídica e não apenas às diretrizes governamentais e sua presumida «bondade».

As políticas públicas tributárias envolvem, entre outros aspectos, vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir, pois, um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

É certo que a Advocacia Pública deve colaborar com a função de governo. Também é assente que os Advogados Públicos não detêm nem exercitam juízos de conveniência e oportunidade, que são, por mandato constitucional expresso, da alçada exclusiva dos governantes. Assim, cabe aos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos tão somente viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis.

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência.

Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu redor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus.

No estágio de formulação das políticas públicas que serão veiculadas por leis e atos normativos é que os órgãos de Advocacia Pública ponderam acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, escrutínio que não deve adstringir-se a meras verificações formais (*v.g.*, a questões ortográficas, gramaticais e sintáticas), como bem explica César do Vale Kirsch, ao tratar do papel da Advocacia-Geral da União no âmbito das políticas públicas federais:

“Na fase de formulação de políticas públicas é que se dá, efetivamente, o início das análises, estudos e debates acerca dos pontos existentes sobre o problema proposto. Os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são discutidos, a fim de se encontrar diretrizes e coordenadas adequadas, necessárias e seguras, para se resolver a questão ora abordada. Valores, princípios e leis são considerados nessa etapa. Igualdade, liberdade, moralidade e democracia são fatores que têm de ser examinados no processo de discussão.

É nessa etapa do processo de política pública que o membro da AGU terá perfeitas condições de analisar os caminhos jurídicos, que a política ora debatida poderá tomar, para que seja implementada de forma segura e eficiente. Fará o exame da compatibilidade do programa político com a Constituição e as demais normas vigentes, bem como com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, poderá prever determinadas situações jurídicas, eventualmente comprometedoras do sucesso do plano em debate, indicando, por conseguinte, os caminhos jurídicos mais seguros, para o governante ter maior facilidade e mais opções de escolha na sua tomada de decisão, evitando-se, assim, possíveis atritos sociais na implantação da política pública debatida”²³.

Por isso, isto é, para que tenha possibilidade de colaborar mais efetivamente na tarefa de aperfeiçoamento das normas produzidas e editadas pelo Estado, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, deve, realmente, ser incrementada.

23 Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas, *in*: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 80 e 81.

Cumpre, pois, conhecer, brevemente, à guisa de ilustração, três diferentes modelos de assessoramento técnico-legislativo do Estado e as principais normas que regem a sua atuação. O primeiro, paulista, apega-se mais à concepção formal dos atos normativos; o último, mineiro, à sua substância, sem descuidar de seus aspectos formais. O modelo federal transita entre os dois extremos, embora seja tendencialmente mais formalista.

3.1. O assessoramento técnico-legislativo no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, o Decreto-lei nº 17.252, editado em 29 de maio de 1947, criou a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) com as seguintes atribuições: 1) dar redação final aos projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens; 2) acompanhar, como órgão informativo do Governo, a discussão dos projetos de lei; 3) fundamentar o veto dos projetos de lei aprovados pela Assembleia Legislativa; 4) elaborar os anteprojetos de consolidação das disposições legais vigentes; 5) incumbir-se de quaisquer outros trabalhos determinados pelo Governador, inclusive a divulgação dos atos legislativos do Estado; 6) funcionar como órgão consultivo do Governo em assuntos que se refiram ao serviço civil; e 7) opinar sobre assuntos relativos à organização e ao funcionamento dos serviços públicos (cf. art. 2º, *a a g*, da Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948 ²⁴).

Segundo o registro de Oswaldo Müller da Silva, então Assessor-Chefe da ATL, “em março de 1947, no início da execução do programa do Governo Adhemar de Barros, o Sr. Professor Miguel Reale, então Secretário da Justiça, representava sobre a necessidade da criação de um serviço a que ficariam atribuídos, entre outros encargos, o preparo do expediente de encaminhamento dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e a elaboração de exposição de motivos e mensagens para assinatura do Chefe do Governo” ²⁵.

24 A Lei nº 74, de 21 de fevereiro de 1948, além de alterar as competências da ATL, determinou a sua subordinação diretamente ao Governador do Estado – e não mais ao Gabinete do Secretário da Justiça e Negócios do Interior.

25 *Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa: trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950, p. 5.

A função de assessoramento técnico-legislativo que cabia à ATL paulista, na seara da produção normativa, adstringia-se, fundamentalmente, à nomografia, isto é, à redação de leis, especificamente na fase de *finalização* dos respectivos projetos, mas não na de ideação legislativa.

Hoje, as tarefas cometidas à ATL não diferem substancialmente daquelas previstas há quase 70 (setenta) anos.

Constitucionalmente, lastreiam-se no disposto no art. 99, V, da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, que estabelece, dentre as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, a de “prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado”.

Legalmente, a ATL atualmente integra o Gabinete do Procurador Geral do Estado e responde pelo “assessoramento jurídico ao exercício das funções legislativas e normativas que a Constituição do Estado outorga ao Governador” (cf. art. 9º, II, da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015).

De acordo com os arts. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, e 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, compete-lhe: a) assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga; b) elaborar pareceres técnicos e jurídicos; c) examinar anteprojetos de lei originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; d) elaborar anteprojetos de lei determinados pelo Governador e pelo Secretário-Chefe da Casa Civil; e) fundamentar os vetos do Governador a projetos de lei; f) estudar projetos de lei em andamento.²⁶

26 Até a revogação parcial tácita do art. 19 do Decreto Estadual nº 61.038, de 1º de janeiro de 2015, pelo art. 18 do Decreto Estadual nº 62.105, de 13 de julho de 2016, à ATL competia: I - assessorar o Governador no exercício das funções legislativas que a Constituição Estadual lhe outorga, bem como acompanhar a tramitação de todas as proposições legislativas; II - elaborar a mensagem governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado, que prescreve que compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição, apresentar à Assembleia Legislativa, na sua sessão inaugural, mensagem sobre a situação do Estado, solicitando medidas de interesse do Governo; III - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa, em função de indicações e requerimentos; IV - elaborar pareceres técnicos e jurídicos; V - examinar anteprojetos de lei originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração; VI - elaborar anteprojetos de lei determinados pelo Governador e pelo

3.2. O assessoramento técnico-legislativo na União

No âmbito da União, compete à Casa Civil da Presidência da República: I - examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo; II - decidir sobre a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social, até mesmo por meio da Rede Mundial de Computadores ou mediante a realização de audiência pública, tudo com o objetivo de receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas; III - supervisionar a elaboração dos projetos de atos normativos e, no tocante à iniciativa do Poder Executivo, solicitar a participação dos órgãos competentes nos casos de: a) declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e b) deferimento de mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal; IV - na hipótese de regulamentação exigida por lei, instar os Ministérios e os órgãos da estrutura da Presidência da República ao cumprimento dessa determinação; e V - zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto, podendo devolver aos órgãos de origem os

Secretário-Chefe da Casa Civil; VII - redigir mensagens à Assembleia Legislativa; VIII - fundamentar os vetos do Governador a projetos de lei; IX - acompanhar os trabalhos legislativos, bem como estudar projetos de lei em andamento; X - adotar as providências necessárias à manutenção, na parte da Constituição e de leis, do Sistema de Legislação Estadual implantado na Internet. Com a edição do Decreto nº 62.105, de 13 de julho de 2016, parte dessas competências foi trespassada para a Assessoria Técnica da Casa Civil, que passou a responder pelas seguintes atribuições: I - assessorar o Secretário-Chefe da Casa Civil e o Secretário Adjunto no desempenho de suas funções; II - dar suporte técnico-administrativo ao Governador no exercício das funções legislativas que lhe são outorgadas pela Constituição do Estado; III - elaborar a Mensagem Governamental ao Poder Legislativo, nos termos do art. 47, X, da Constituição do Estado; IV - acompanhar os trabalhos legislativos, em especial a tramitação das proposições; V - assessorar na prestação de informações à Assembleia Legislativa por autoridades do Poder Executivo, referentes aos requerimentos formulados com base no art. 20, XVI, da Constituição do Estado; VI - receber os anteprojetos de lei originários das Secretarias de Estado e de outros órgãos e entidades da Administração e providenciar o encaminhamento, para exame, à Assessoria Técnico-Legislativa, da Procuradoria Geral do Estado; VII - adotar as providências necessárias para: a) encaminhamento das Mensagens do Governador à Assembleia Legislativa; b) obtenção das referendas de Secretários de Estado nas leis publicadas; c) manutenção do Sistema de Legislação Estadual implantado na internet, com relação à Constituição do Estado e às leis estaduais; VIII - preparar e encaminhar, para publicação no Diário Oficial do Estado, as leis sancionadas pelo Governador; IX - preparar resoluções do Secretário-Chefe da Casa Civil.

atos em desacordo com as suas normas (cf. art. 34, I a V, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002 ²⁷).

Conforme o art. 36 do referido decreto, compete à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil emitir parecer final sobre a constitucionalidade e legalidade dos projetos de ato normativo, observadas as atribuições do *Advogado-Geral da União* previstas no art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) ²⁸.

O art. 37 do aludido decreto federal determina, ainda, que as propostas de projetos de ato normativo serão encaminhadas à Casa Civil por meio eletrônico, com observância do disposto no Anexo I ²⁹, mediante exposição de motivos do titular do órgão proponente, à qual se anexarão: I - as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II ³⁰; II - o projeto do ato normativo; e III - o parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela *Consultoria Jurídica* ou pelo *órgão de assessoramento jurídico* do proponente. As *Consultorias Jurídicas* dos Ministérios, preceitua o § 4º do referido dispositivo, manterão permanente interlocução com a *Consultoria-Geral da União* na elaboração de projetos de atos normativos, inclusive enviando-lhe cópia dos projetos encaminhados à Casa Civil.

27 O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, foi editado a fim de regulamentar a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

28 O art. 4º da Lei Complementar nº 73/90 basicamente enumera as atribuições do Advogado-Geral da União.

29 O Anexo I arrola as questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo. Por exemplo: deve ser tomada alguma providência? Quais as alternativas disponíveis? Deve a União tomar alguma providência? Deve ser proposta edição de lei?

30 O Anexo II enuncia os elementos que as justificativas da proposição devem conter, quais sejam: 1) a síntese do problema ou da situação que reclama providências; 2) as soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta; 3) as alternativas existentes às medidas propostas; 4) os custos; 5) as razões que justificam a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência); 6) o impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo); 7) as alterações propostas; e 8) a síntese do parecer do órgão jurídico.

Na apreciação de projetos de lei enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto (cf. art. 52, *caput*, do Decreto nº 4.176). De acordo com o § 4º do mesmo dispositivo, referida secretaria deverá encaminhar à *Advocacia-Geral da União* cópia dos projetos de lei referidos.

Quando se tratar de projeto de lei processual, as manifestações da *Advocacia-Geral da União* serão obrigatórias (cf. art. 15).

Relativamente às controvérsias existentes sobre a constitucionalidade ou a revogação tácita de dispositivos legais objeto de consolidação, o citado decreto federal determina a sua submissão à *Advocacia-Geral da União* (cf. art. 49).

Por fim, o § 6º do art. 53 do diploma regulamentador federal dispõe que será obrigatória a participação da *Advocacia-Geral da União* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República.

3.3. O assessoramento técnico-legislativo no Estado de Minas Gerais

No Estado de Minas Gerais, a Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo.

Em seu art. 85, cuida da estrutura orgânica básica da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais e prevê, no inciso VII, a Assessoria Técnico-Legislativa (ATL) e seus cinco núcleos, quais sejam: a) Núcleo de Legística; b) Núcleo de Elaboração e Análise de Documentos Legislativos; c) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições; d) Núcleo de Apoio ao Poder Regulamentar; e e) Núcleo de Documentação Legislativa.

No decreto regulamentar da referida lei delegada (Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011), encontram-se previstas, especificamente, as competências e a organização da ATL (cf. arts. 12 a 18).

Compete à ATL mineira: I - fornecer subsídios à elaboração de projetos de lei, de decretos e demais atos normativos de competência do Poder Executivo; II - preparar a redação final de atos normativos primários e regulamentares de iniciativa do Governador; III - preparar as proposições de lei para sanção do Governador; IV - elaborar as razões de veto a proposições de lei; V - elaborar as mensagens a serem encaminhadas à Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG): a) que acompanham os projetos de lei; e b) que contêm as razões de veto a proposições de lei; VI - preparar estudo técnico-jurídico sobre matéria objeto de atos normativos de interesse do Poder Executivo; VII - contribuir para a análise das propostas de edição de texto normativo encaminhadas ao Governador; VIII - articular com órgãos e entidades interessados na elaboração e apreciação jurídica de atos normativos regulamentares de iniciativa ou de interesse do Poder Executivo, de acordo com as diretrizes fixadas pela direção superior da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais (SECCRI); IX - promover a articulação com a *Advocacia-Geral do Estado* (AGE) e a ALMG em assuntos relativos à sua área de atuação, segundo as diretrizes estabelecidas pela direção superior da SECCRI; e X – oferecer informações ao Gabinete da SECCRI no acompanhamento dos requerimentos formulados pela ALMG ao Poder Executivo com fundamento no art. 54 da Constituição do Estado (cf. art. 12, I a X).

Organicamente, a ATL possui seis núcleos. São eles: 1) Núcleo de Apoio Administrativo, que tem por finalidade desenvolver as atividades de suporte técnico e administrativo à ATL, mediante atividades de protocolo, controle de prazos de publicação de atos normativos ou regulamentares, redação de ofícios e arquivamento de documentos (cf. art. 13, *caput*); 2) Núcleo de Legística, responsável por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo ³¹; 3) Núcleo de Elaboração

31 Compete-lhe: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar

e Análise de Documentos Legislativos, incumbido de prestar assessoramento na elaboração de atos normativos de interesse do Poder Executivo ³²; 4) Núcleo de Apoio ao Controle Prévio de Constitucionalidade de Projetos e Proposições, a quem compete proceder à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos regulamentares de iniciativa do Poder Executivo ³³; 5) Núcleo de Apoio ao Poder Regulamentar, encarregado de prestar assessoramento na elaboração de atos normativos regulamentares de competência do Governador ³⁴; e 6) Núcleo de Documentação Legislativa, ao qual cabe promover a indexação, catalogação e arquivamento de atos legislativos estaduais, com o objetivo de dar suporte às atividades da ATL ³⁵.

experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetos ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da SECCRI na incorporação de inovações para o aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII).

- 32 Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de anteprojotos de lei propostos ao Governador; II - preparar a redação final de anteprojotos de lei de iniciativa do Governador e elaborar as respectivas mensagens a serem encaminhadas à ALMG; III - preparar as razões de veto a proposições de lei; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 15, I a VI).
- 33 Compete-lhe: I - elaborar estudos técnicos sobre as matérias tratadas em atos legislativos e minutas de decreto; II - realizar análise técnico-jurídica dos atos normativos de interesse do Poder Executivo; III - articular-se com a AGE visando a subsidiar as decisões do Governador quanto à constitucionalidade dos atos de sua competência; IV - articular-se com o Núcleo de Acompanhamento da Tramitação Legislativa visando à realização de análise técnica dos projetos de lei e de emenda constitucional em tramitação na ALMG; V - oferecer subsídios técnicos à decisão do Governador de sanção ou veto em proposições de lei; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 16, I a VI).
- 34 Compete-lhe: I - realizar análise técnico-jurídica de minutas de atos regulamentares propostos pelos órgãos e entidades do Poder Executivo; II - preparar a redação final de minutas de atos regulamentares; III - manter atualizado quadro da legislação estadual pendente de regulamentação; IV - elaborar e manter atualizado cadastro de eventos públicos que demandem edição de decretos; V - apoiar a organização de consultas públicas que demandem a elaboração de atos normativos regulamentares; e VI - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 17, I a VI).
- 35 Compete-lhe: I - proceder à indexação de atos normativos de interesse da ATL; II - catalogar e classificar os atos legislativos estaduais para prover de informações o banco de dados de legislação estadual; III - proceder ao arquivamento e à guarda do acervo de documentos da ATL; IV - realizar pesquisas de apoio às atividades da ATL; e V - exercer atividades

O Decreto nº 45.786, de 30 de novembro de 2011, regulamentador da Lei Complementar nº 78, que, por sua vez, dispõe sobre a elaboração, a redação e consolidação das leis do Estado, prescreve competir à SECCRI, dentre outras atribuições, proceder, sob a supervisão da AGE, à análise prévia de constitucionalidade e legalidade dos atos de competência do Governador, com vistas a subsidiar as decisões do Governador (cf. art. 28, VII).

No art. 29, especificam-se as competências da ATL.³⁶

O § 4º do referido dispositivo determina que a ATL somente receberá proposta de ato normativo que esteja acompanhada de determinados documentos, dentre os quais a manifestação fundamentada da Assessoria Jurídica ou Procuradoria dos respectivos órgãos ou entidades.

Após o atendimento às exigências estabelecidas no decreto e transcorridos os prazos fixados, o art. 31 determina que a ATL elabore nota técnica, na qual opinará pela adoção ou rejeição do ato proposto, dela fazendo constar o teor das manifestações dos órgãos consultados e a indicação daqueles que, consultados, deixaram de se manifestar. Sempre que se fizer necessário, a AGE será consultada, observadas as suas competências constitucionais e legais (cf. art. 32).

De acordo com o art. 34, *caput*, a ATL deve examinar as proposições de lei aprovadas pela ALMG, emitindo nota técnica na qual opine, justificadamente, pela sanção ou veto. No exercício desta competência, a ATL poderá solicitar manifestação da AGE quanto à juridicidade e constitucionalidade da proposição, e das Secretarias de Estado e Órgãos de equivalente hierarquia da estrutura do Poder Executivo afetas à matéria quanto à sua conveniência (§ 1º, I e II).

4. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento das normas jurídicas

O recrudescimento e a complexidade dos problemas econômicos e sociais, a crescente intervenção e regulação do Estado e a proeminência

correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 18, I a V).

36 Fundamentalmente, são as mesmas competências arroladas no citado art. 12, I a X, do Decreto nº 45.682.

da atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo são fatores que, inexoravelmente, repercutem na atuação da Advocacia Pública e, de modo mais incisivo, nas suas funções de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo.

Diante desse quadro, a Advocacia Pública não pode mais seguir sendo apenas um órgão responsável por dar a “redação final” a projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens, atividades cada vez mais copiosas e repetitivas, haja vista o manifesto e impressionante domínio do Executivo em matéria legislativa. Há de desenvolver o seu mister pautada nos primados da racionalidade e da eficiência normativa.

Dos três modelos de assessoramento técnico-legislativo mencionados no tópico anterior, destaca-se o adotado pelo Estado de Minas Gerais, em especial pelas atividades afetas ao *Núcleo de Legística*, que tem por finalidade desenvolver métodos e procedimentos voltados ao aprimoramento dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo. Ao referido núcleo compete: I - promover e disseminar estudos técnicos de legística³⁷; II - propor diretrizes e padrões para a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo; III - identificar experiências e difundir boas práticas relacionadas à elaboração de atos normativos; IV - participar de discussão com os órgãos e entidades afetas ao futuro ato normativo; V - apoiar o Gabinete da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais na incorporação de inovações para o

37 *Legística* é o ramo do conhecimento que estuda os modos e os métodos de concepção e redação das leis, visando a assegurar a qualidade, a adequada aplicação e o exato cumprimento dos textos normativos que presidem as relações sociais. A *legística material* enfoca a gênese dos atos normativos, sua ideação, necessidade, utilidade, aplicabilidade, efetividade e harmonização com o resto do ordenamento jurídico. A *legística formal*, por sua vez, preocupa-se com a redação dos atos normativos. Embora tenha ares novidadeiros no Brasil, fala-se de legística, como um saber específico, desde a década de 1960 do século passado. Países como Alemanha, Áustria, Canadá, Espanha, Itália, Portugal, Reino Unido e Suíça têm experimentado um notável desenvolvimento da chamada Ciência da Legislação, circunstância que se deve à necessidade de superação de problemas como a proliferação das leis, a baixa qualidade da legislação, as dúvidas relativas à aplicação e interpretação das normas jurídicas, a ineficácia dos textos legais, problemas que também se encontram presentes no cenário brasileiro e que amiúde se projetam para além das fronteiras do Direito, condicionando, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social, na medida em que a falta de confiança na aplicação das leis pode repercutir negativamente, por exemplo, no nível de investimentos no País.

aprimoramento da elaboração e tramitação dos atos normativos; VI - criar metodologia para avaliação de impacto de atos normativos específicos; e VII - exercer atividades correlatas, em processo colaborativo com os demais Núcleos, atendidas as diretrizes da Chefia da ATL (cf. art. 14, I a VII, do Decreto nº 45.682, de 9 de agosto de 2011).

O modelo federal também sobressai, na medida em que atribui à Advocacia Pública papel de relevo no *processo administrativo legislativo*, principalmente ao prever a sua *participação obrigatória* nas delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho criados com a finalidade de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos da competência ou iniciativa do Presidente da República (cf. art. 53 § 6º, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002).

Trata-se de notáveis inovações na estrutura orgânico-funcional do Estado, que tendem a assegurar maior racionalidade e eficiência às normas jurídicas impulsionadas pelo Poder Executivo, mas que ainda carecem ser democraticamente aperfeiçoadas, com vistas a dar maior legitimidade e eficácia social ao Direito.

4.1. A função social da Advocacia Pública como fator de legitimação democrática do Direito

Na evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, dois conceitos-chave destacam-se: o aparecimento e reconhecimento de grupos organizados, que canalizam aspirações e reivindicações sociais, e a superação gradual do velho sistema de sufrágio censitário, que limitava e deturpava a vontade popular.

Nos séculos XVIII e XIX, quando o Parlamento, então soberano, era composto de aristocratas, entronizados no poder por meio do sistema eleitoral censitário, e suas funções estavam umbilicalmente ligadas aos interesses da classe burguesa, centradas na proteção, consolidação e manutenção das esferas jurídicas individuais, não havia lugar para disputas ideológicas, mas apenas para afirmação da vontade geral³⁸.

38 “A lei é a expressão da vontade geral” (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789).

As sociedades europeias dessa época, relata Maria Lúcia Amaral ³⁹, eram sociedades tendencialmente monistas e não pluralistas. Diz ela: “os cidadãos politicamente activos – os que elegiam e se faziam eleger deputados aos Parlamentos nacionais e a outros órgãos de base electiva –, não estavam entre si divididos, como os nossos contemporâneos, por concepções profundamente diferentes quanto à forma como deveriam viver. As forças sociais activas eram, por isso, relativamente consensuais, quanto às pretensões que endereçavam ao Estado. Tal consenso repercutia-se nas leis ordinárias, elaboradas pelos Parlamentos. Estas eram em número bem menor do que hoje, tinham uma vigência mais alongada no tempo e possuíam uma coerência intrassistemática mais firme do que agora possuem” (*sic*).

Nas câmaras legislativas, inexistiam fortes tensões sociais e políticas, como hoje sói acontecer.

Com a ampliação do direito de sufrágio a partir da segunda metade do século XIX, o quadro altera-se drasticamente.

A organização da sociedade em classes e grupos de interesses e a democratização do acesso ao Legislativo – com o ingresso de novos representantes eleitos por novos eleitores – promovem a ruptura do modelo político centrado na plena identidade entre burguesia e Parlamento ⁴⁰, na homogeneidade de interesses representados no Poder Legislativo ⁴¹.

O debate parlamentar passa a ser ideológico. Correntes de pensamento e aspirações politicamente divergentes começam a confrontar-se em torno do papel do Direito e do Estado ⁴², e isso modifica profundamente as características da instituição parlamentar e das leis, porquanto as câmaras legislativas transformam-se em espelho da sociedade, mosaico

39 *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*, p. 70.

40 Elviro Aranda Álvarez, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, p. 77.

41 Na opinião de José Tudela Aranda, a quebra desse modelo modificou o funcionamento das câmaras legislativas, ao impor uma férrea disciplina por grupos, circunstância que, no entanto, não se viu acompanhada de correspondentes alterações nos procedimentos parlamentares (*El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, p. 77).

42 Clémerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 48.

fiel de sua multifária composição, expressão de seus vários interesses e ideologias, amiúde conflitantes e impossíveis.

O sufrágio universal é que vai tornar possível a integração das diversas forças sociais, porque, como salienta Gregorio Peces-Barba Martínez ⁴³, “os que não votavam, os setores marginalizados do voto, não se sentiam integrados no Parlamento, não sentiam que o Parlamento era seu, e só começaram a senti-lo quando puderam participar dele”.

Então, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, e, deste, para o Estado Democrático de Direito – modelo de Estado compromissado em garantir uma *sociedade pluralista* –, tornou-se necessário viabilizar a participação política dos novos grupos sociais, surgidos dos movimentos populares, e engendrar métodos compositivos de conflitos, isto é, mecanismos técnicos por meio dos quais opiniões, palavras e projetos diametralmente opostos – e, por isso, muitas vezes inconciliáveis – possam ter expressão, assegurando-se, desta forma, que as decisões parlamentares sejam fruto da deliberação do povo politicamente representado por *todos* os parlamentares eleitos democraticamente, por *todos* os partidos e blocos partidários com representação nas Casas Legislativas, *incluindo a maioria e a minoria*, e não de *um* parlamentar, *uma* classe social, *um* partido, *um* bloco partidário, *uma* maioria ou *um* líder onipotente.

Essas transformações político-sociais têm reflexo direto no modo de produção jurídica do Estado Democrático de Direito contemporâneo, que não mais se dá *unilateralmente*. A lei, no Estado Liberal, era o produto de uma vontade geral, provinda do *poder soberano* que, nessa condição, pressupunha a supraordenação de quem o exercia sobre os seus súditos. Nesse contexto, era absolutamente inadmissível que os destinatários de seu poder de mando se arrogassem o direito de *influir* na sua gênese ⁴⁴. Já no Estado Democrático de Direito, resume Carlos Blanco de Morais, a morfologia das leis altera-se profundamente. Preleciona o constitucionalista luso:

43 Reflexiones sobre el Parlamento, *in*: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, p. 214.

44 Carlos Blanco de Morais, *Manual de Legística*, p. 84.

“A lógica intervencionista de caráter econômico e social inerente ao novo modelo constitucional de Estado de Direito, o despontar do pluralismo dos interesses reclamando do poder político *direito e dinheiro* e o florescimento das autonomias territoriais de recorte federal ou regional alteraram expressivamente a morfologia da lei. Esta abandonou a regra mítica «de justa conduta» destinada à prossecução dos fins do Estado burguês, para se expandir como instrumento transformador das relações políticas, sociais e econômicas, respondendo a exigências, não apenas oriundas de uma clientela ou estamento dominante, mas, antes, de toda a espécie de destinatários”⁴⁵.

O desafio do Estado Democrático de Direito, tanto no que se refere à produção do Direito quanto aos efeitos e aos destinatários de suas normas, reside em obter a máxima eficácia social e legitimidade democrática e, assim, atingir a síntese de todas as esperanças contidas no Texto Constitucional: a justiça, aspiração maior do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para tanto, as atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo mais incisivo e proficiente, em especial na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideia legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários.

Sobre o assunto, Fabiana de Menezes Soares assim se manifesta:

“Nesse sentido, a questão da eficácia da legislação aparece lado a lado das medidas de execução e implementação. Adotar estratégias para persuadir os destinatários/interessados por meio de ações para construção de um consenso possível (audiências públicas, negociação legislativa, práticas de *lobby* regulamentadas, plebiscitos, inclusive os

45 *Manual de Legística*, p. 87. Gustavo Zagrebelsky também perfilha o mesmo entendimento, quando afirma: “A lei (...) já não é a expressão «pacífica» de uma sociedade política internamente coerente, mas a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o fim, mas a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis (...). É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares” (*El derecho dúctil.*, p. 38).

administrativos) são meios para otimizar o nível de eficácia social. Isso significa que, durante todo o processo de elaboração e redação, o compreender e o aceitar uma dada legislação não deve ser considerada uma questão exclusivamente estilística”⁴⁶.

E continua a autora, salientando os proveitos auferíveis com a aproximação entre legislador e cidadão e a adoção de processos legislativos participativos:

“A aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção e, nos processos participativos, a negociação do conteúdo pode gerar uma corresponsabilidade pela sua efetivação, porque os participantes colaboraram com suas representações de mundo, o que é otimizado por uma gama de informações evidenciadas na reconstrução da situação-fática-problema, resultante do processo de avaliação legislativa”⁴⁷.

Também para Carlos Blanco de Moraes, a consulta popular constitui um importante elemento para a avaliação prévia de impacto normativo: “A audição das entidades envolvidas e/ou afetadas por determinada normação permite obter dados indispensáveis para o processo de avaliação, como sejam informações sobre custos, benefícios e outros impactos que de outro modo poderiam ser dificilmente perceptíveis para o decisor normativo; sugestões sobre outras opções para pôr em prática os mesmos objetivos públicos; e informações que permitam antever comportamentos dos destinatários da normação, que poderão suscitar a necessidade de previsão de mecanismos de aplicação e de garantia do acatamento do acto normativo”⁴⁸. “A realização de consultas – prossegue – contribui ainda para aumentar a aceitação da legislação: quanto mais amplo e sensatamente conduzido for o processo de consultas, mais provável se torna que aqueles que são afectados pela normação a aceitem”⁴⁹.

46 Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, *in: Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 14.

47 Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação, *in: Cadernos da Escola do Legislativo*, p. 17.

48 *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 39 e 40.

49 *Guia de avaliação de impacto normativo*, p. 40.

Esses aspectos valorizam a fase *pré-legislativa* das leis, o *processo administrativo legislativo*, em que a Advocacia Pública, por suas consultorias jurídicas e assessorias técnico-legislativas, deve atuar de modo a diminuir o *distanciamento* entre os cidadãos e as leis, que ocorre por problemas de diversas naturezas, como falta de diálogo e compreensão e incertezas ou preconceitos acerca do Direito vigente ou daquele que se propõe.

Tem razão Oliveira Vianna, quando adverte, em 1947, que consiste um *erro de psicologia política* a “atitude de isolamento e exclusivismo das nossas classes políticas em relação às outras classes”, pois “nenhuma lei vinga, nenhuma lei é eficiente, sem a adesão moral do povo”; “em geral – continua –, as leis em que o povo não colabora, não têm essa adesão”⁵⁰, entendimento que acompanha o pensamento de Jean Cruet, quando diz:

“Do fraco resultado da coação deve-se concluir, em primeiro lugar, que nas relações entre o Estado e os particulares, o elemento essencial é a *cooperação*, não a *subordinação*.”

Viu-se na história, apesar das sanções draconianas, o malogro absoluto dos empréstimos forçados. A coerção não é, para o Estado, o meio mais fácil e mais econômico de arranjar dinheiro.

Pelo contrário, quando a consciência comum reconhece a legitimidade de uma medida fiscal, aceita-lhe o encargo sem protestar. O que há de admirável no sistema fiscal francês é a boa vontade do contribuinte”⁵¹.

Trata-se, assim, de emprestar maior racionalidade ao processo de produção jurídica, para lograr maior eficiência normativa. Trata-se de legitimar democraticamente os projetos estatais mediante um processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*. Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes.

50 *Problemas de política objetiva*, p. 130.

51 *A vida do direito e a inutilidade das leis*, p. 163.

Como diz Jeremy Bentham, citado por Virgilio Zapatero ⁵², “para escrever leis, basta saber escrever, e, para estabelecê-las, basta possuir o poder de fazê-lo”. Todavia, esclarece Bentham, “a dificuldade está em fazê-las boas, e as leis boas são aquelas em favor das quais boas razões podem ser apresentadas”.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, as leis e atos normativos, para serem bons, devem ter lastro social, fundar-se em razões constitucionais, legais, legítimas e lícitas para serem editados.

Sob esse aspecto, oportuno registrar o entendimento de Christian Starck ⁵³, para quem a lei é resultado de um procedimento democrático regulado constitucionalmente, que se distingue da “lei como ordem do soberano” pelas notas da argumentação, da publicidade, da razão, do compromisso e da proteção ante o império incontestável da maioria. Para ele, o procedimento deve estar configurado a fim de que muitas e competentes reflexões e propostas possam efetivamente influir na determinação do conteúdo da lei. O procedimento há de garantir informações sobre as situações reais que serão reguladas pela lei, além de argumentos e considerações sobre se a lei realmente atende o bem comum. O elemento democrático do procedimento – os órgãos participantes do processo legislativo – oferece certa garantia de que “a legislação não cairá nas mãos dos representantes de uma ideologia determinada” e, nessa medida, pode afiançar “certa bondade do conteúdo da lei”.

Saliente-se que a abertura do processo pré-legislativo aos cidadãos e aos representantes de grupos e forças sociais permite, segundo precisa observação de Jacques Chevallier ⁵⁴, identificar conflitos, delimitar os terrenos de confrontação, situar as zonas possíveis de compromisso e visa a uma melhor adaptação das regras, além de atenuar eventuais reações de rejeição.

52 Jeremy Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, p. LXXIII.

53 *El concepto de ley en la Constitución alemana*, p. 239 e 240.

54 A racionalização da produção jurídica, *in: Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 16.

Enquanto os tecnocratas que elaboram políticas públicas preocupam-se com o atingimento de metas ⁵⁵ – e não necessariamente com a observância de uma ordem de valores democraticamente plasmada –, os Advogados Públicos velam pela constitucionalidade, legalidade, licitude e legitimidade da ação estatal.

Aliás, na lúcida análise de Ricardo Antônio Lucas Camargo ⁵⁶, “a existência de um corpo de advogados de carreira, cujo ingresso não se deva ao favor, no seio da Administração Pública, também se coloca como uma das formas de se permitir a concreção de políticas econômicas com o sentido de universalidade e, por outro lado, de se impedir o estabelecimento de situações privilegiadas no mercado, pelas alianças entre agentes econômicos determinados e administradores de órgãos que, paradoxalmente, deveriam controlá-los”.

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça.

Cumpra à Advocacia Pública apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, *no processo pré-legislativo de ausculta e debate*, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social.

55 A propósito, Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso, desnuda a alma da visão tecnocrática gerencial inglesa, que serviu de modelo para a reforma administrativa brasileira empreendida pela Emenda Constitucional nº 19/98: “Toda administração pública gerencial tem de considerar o indivíduo, em termos econômicos, como consumidor” (Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado, *in*: *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, p. 33).

56 *Advocacia Pública: mito e realidade*, p. 80.

A ciência jurídica moderna, pontifica Luzius Mader ⁵⁷, não pode continuar a excluir os *aspectos sociológicos* do Direito e, especialmente, da legislação. A época do «direito puro», afirma com razão, está ultrapassada. Portanto, o jurista, e o Advogado Público em particular, deve preocupar-se necessariamente com o processo de *gestação* das normas, sua aplicação e seus efeitos. Deve começar por considerar a legislação como um processo dinâmico e reiterativo de interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, um processo ao longo do qual diversos atores sociais e políticos equacionam problemas e formulam expectativas em relação ao Estado, que hoje intervém na sociedade para realizar fins cada vez mais diversificados, utilizando a legislação como um de seus principais instrumentos de ação. Isto equivale a uma verdadeira *mudança de paradigma* para a ciência jurídica, tendo em vista que o «idealismo normativo» dos juristas deve ceder o seu lugar predominante a uma visão tanto tecnocrática quanto sociológica do fenômeno legislativo.

Nesse processo dinâmico e reiterativo, de interação e interseção entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo, a Advocacia Pública pode atuar de diversas formas: por meio de audiências públicas, fóruns de discussões, realização de seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, publicações científicas, levantamentos estatísticos, avaliações de impacto normativo, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras. Como se vê, a atuação da Advocacia Pública, no campo da *produção jurídica*, revela-se extraordinariamente fecunda.

4.2. O dever de acautelamento jurídico da Advocacia Pública

A Advocacia Pública pode exercer um papel assaz relevante na detecção prematura e na identificação de problemas que merecem, efetivamente, providências normativas para ser equacionados.

⁵⁷ A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito, *in*: *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, p. 40 e 41.

Nem sempre os impulsos externos que o Governo recebe da sociedade (imprensa, organizações não governamentais, meio acadêmico, usuários de serviços públicos, manifestantes, parlamentares, partidos políticos, etc.) têm o condão de delimitar, de forma precisa, as questões *normatizáveis* e, além disso, engendrar as respectivas *soluções normativas*.

Pela técnica que possui e pelas funções que, com exclusividade, desempenha, a Advocacia Pública preordena-se, naturalmente, a evitar a criação de falsos problemas e a afastar o perigo de uma avaliação equivocada, por superestimação ou subestimação ⁵⁸, circunstâncias que propendem ao estabelecimento de normas socialmente ineficazes.

As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precatar-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados, laudos técnicos, etc.).

Cabe à Advocacia Pública, também, assegurar a constitucionalidade das proposições normativas, que, na precisa observação de Gema Marcilla Córdoba ⁵⁹, constitui a exigência mais óbvia de racionalidade e eficácia da lei, pois a sua própria existência no sistema jurídico depende dessa circunstância.

Por conseguinte, a Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de lei que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas.

No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos igualmente podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações judiciais em que o

58 Neste sentido, tratando do «processo legislativo interno», “que se refere ao *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa”, mas não propriamente sob a incumbência da Advocacia Pública, Gilmar Ferreira Mendes, *Questões fundamentais de técnica legislativa*, in: *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 266 e 267.

59 *Racionalidad legislativa*, p. 272.

Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Dessa forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precatam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e à execução de políticas públicas.

De fato, pois, como ensina Francesco Ferrara ⁶⁰: “a prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica (...). É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos, ou novos lados de problemas jurídicos (...). Às vezes um caso jurídico mostra experimentalmente que uma teoria é errada ou unilateral, e por isso desmorona ao contato dos fatos o edifício fadigosamente levantado pelas abstrações dos teóricos”.

As informações, oriundas da prática jurídica, do dia a dia dos Advogados Públicos que atuam no contencioso, devem constituir uma base de dados dos focos de litigiosidade e servir, proveitosamente, de instrumento para orientar eventuais correções normativas.

É necessário, portanto, fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e da avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa.

5. Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

1) No Brasil, ainda é bastante incipiente a preocupação com a qualidade das leis e dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo, terreno extremamente fértil e auspicioso para a atuação institucional da Advocacia Pública do século XXI, que pode conduzir a uma mudança de paradigma na função desempenhada pelos Advogados Públicos: de

⁶⁰ *Interpretação e aplicação das leis*, p. 188 e 189.

meros *intérpretes a partícipes da elaboração* de leis e atos normativos mais bem ajustados aos estalões de juridicidade;

2) No sistema constitucional brasileiro, cabe aos Advogados Públicos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos viabilizar, *na medida do juridicamente possível*, e ainda no estágio de sua formulação, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis, e ponderar acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica formal e material das proposições normativas com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional;

3) Para o bom desempenho dessa tarefa, é necessário estreitar a interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis*, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para assim poderem exercer as suas funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência;

4) As atividades de consultoria jurídica e de assessoramento técnico-legislativo a cargo da Advocacia Pública devem colaborar de modo bastante proficiente na fase instrutória das proposições normativas, em que o Estado há de submeter a ideação legislativa à consulta e à discussão popular e buscar ouvir e persuadir os seus destinatários. Assim atuando, os Advogados Públicos emprestam maior racionalidade ao processo de produção jurídica, coadjuvam a obter maior eficiência normativa e legitimam democraticamente os projetos estatais, ao participar do processo de debate público, no qual as discussões devem ser amplas, abertas, durar um tempo razoável e observar os postulados da *contradição* e do *diálogo*;

5) Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições normativas, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente*

as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça;

6) Cumpre à Advocacia Pública, igualmente, apontar e traduzir aos administradores públicos e aos governantes, *sob o ângulo estritamente jurídico*, as pretensões, as objeções, as observações, as sugestões, as dúvidas e as incompreensões de todos aqueles que, no processo pré-legislativo de ausculta e debate, manifestaram-se, também com vistas a compatibilizar interesses e expectativas diametralmente opostos e obter maior adesão e consenso social;

7) As atividades de consultoria e de assessoramento a cargo da Advocacia Pública coadjuvam o Governo a precaver-se de eventuais questionamentos judiciais em razão da análise e da interpretação que efetuam da legislação, da jurisprudência, da doutrina especializada e, também, dos elementos produzidos durante a fase de instrução do processo administrativo legislativo (audiências públicas, oitiva de interessados e laudos técnicos, por exemplo);

8) A Advocacia Pública deve responder, com exclusividade, pelo controle prévio da constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição e dos projetos de lei que o Chefe do Poder Executivo tenciona enviar às Casas Legislativas;

9) No âmbito do contencioso, os Advogados Públicos também podem prestar valioso auxílio e colaborar para o aperfeiçoamento normativo do Estado, na medida em que, nas ações em que o Estado é parte, deparam-se com arguições de inconstitucionalidade por ação ou omissão e outros vícios que acometem leis e atos normativos. Dessa forma, prenunciam decisões judiciais desfavoráveis e precavam o Poder Executivo de eventuais óbices à implementação e execução de políticas públicas;

10) É necessário fomentar, nos órgãos de Advocacia Pública que desempenham atividades consultivas e contenciosas, a cultura da percepção e avaliação de impacto da norma, na busca de uma maior efetividade, eficácia e eficiência normativa;

11) A consultoria jurídica e o assessoramento técnico-legislativo hão de ser confiados a órgãos formados por corpos tecnicamente capacitados e aparelhados, em que os cargos de consultor jurídico e assessor

técnico-legislativo sejam privativos de membros da Advocacia Pública e providos segundo o *critério objetivo* de merecimento, e não por indicação político-partidária.

Por fim, propõe-se: a) a participação obrigatória da Advocacia Pública nos órgãos administrativos encarregados da elaboração administrativa de leis e atos normativos e da formulação de políticas públicas *em áreas juridicamente sensíveis* (como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos); b) a confecção de rotinas, no âmbito da Advocacia Pública, para a elaboração de anteprojetos de lei e minutas de decretos; c) a criação e a manutenção, no âmbito da Advocacia Pública, de núcleo especializado em legística, a fim de realizar, por exemplo, audiências públicas, fóruns de discussões, seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, edição de publicações científicas, levantamentos estatísticos, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outras; d) a criação e a manutenção de núcleos especializados no controle prévio de constitucionalidade de anteprojetos de lei, no controle prévio de legalidade de minutas de decretos e na avaliação de impacto normativo, com o objetivo de verificar a efetividade das normas; e) a formação e o aperfeiçoamento multidisciplinar de Advogados Públicos consultores e assessores técnico-legislativos; f) a constituição de bancos de dados com pareceres, legislação vigente e atualizada, informações estatísticas dos resultados das demandas judiciais de que o Estado faça parte como autor ou réu, de dispositivos normativos questionados, de decisões judiciais favoráveis e desfavoráveis ao Estado e de temas recorrentes, com indicação precisa das leis ou atos normativos impugnados e dos fundamentos articulados.

Referências bibliográficas

Almeida, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1982.

Álvarez, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Amaral, Maria Lúcia. *A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Aranda, José Tudela. *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.

Araújo, Fabiano de Figueiredo. Políticas públicas, legística e a AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa, *in: Revista da AGU*, v. 14, n. 4, p. 67 a 92, out./dez. 2015.

Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa. *Trabalhos elaborados nos anos de 1947, 1948 e 1949*. São Paulo: Tip. do Departamento de Investigações, 1950.

Azevedo, Sérgio de; Melo, Marcus André. A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional, *in: Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

Bentham, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, edición y estudio preliminar de Virgilio Zapatero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Camargo, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2005.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIII, p. 405-494, 1987.

Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Chevallier, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, Oeiras, n° 3, p. 9-23, janeiro-março 1992.

Clève, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Córdoba, Gema Marcilla. *Racionalidad legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Cruet, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Editorial Ibero-Americana, 1939.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho. *Regime jurídico da advocacia pública*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

Ferrara, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. de Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Grupo de Alto Nível para a Melhoria da Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern). Relatório Final. *Caderno de Ciência de Legislação*, Oeiras, nº 29, p. 13-141, outubro-dezembro 2000.

Kirsch, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 43-94, 2006.

Latorre, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002.

Mader, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. *Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, nº 1, p. 39-49, abril-junho 1991.

Márquez, Piedad García-Escudero. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Navarra: Thomson Reuters, 2010.

Martínez, Gregorio Peces-Barba. Reflexiones sobre el Parlamento. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, nº 10, p. 207-219, marzo 1986.

Mayol, Vicente Garrido. *Las garantías del procedimiento prelegislativo: la elaboración de los proyectos de ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Mendes, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 1, p. 255-271, 1993.

Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Evolução constitucional europeia*. Trad. de Marina de Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

Morais, Carlos Blanco de. *Guia de avaliação de impacto normativo*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Manual de Legística*. Lisboa: Verbo, 2007.

Paterna, María Jesús Larios. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

Pereira, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: Pereira, Luiz Carlos Bresser; Spink, Peter (org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1998.

Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

Queiroz, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Silva Filho, Derly Barreto. A Advocacia Pública e o controle de juridicidade das políticas públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 71, p. 85-109, jan./jun. 2010.

Soares, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, nº 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

Starck, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Trad. de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

Vianna, Oliveira. *Problemas de política objetiva*. 3. ed. São Paulo: Record, 1974.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Zapatero, Virgilio. *El arte de legislar*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

A autonomização da tutela de cognição sumária conforme o art. 304 do CPC/15 e a efetividade do processo

Nayara Crispim da Silva¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A efetividade da tutela jurisdicional e do processo; 3 – Tutela definitiva e tutela provisória; 4 – O rito da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC/15; 5 – A autonomização da tutela de cognição sumária no direito comparado; 6 – A autonomização da tutela de cognição sumária no processo civil brasileiro prevista nos arts. 303 e 304 do CPC/15 e a efetividade do processo; 7 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Não sem razão Geraldo Ataliba asseverava ser o Poder Judiciário “a *chave de abóboda* de todo o sistema”². Conforme lecionado pelo saudoso mestre, é por meio da função jurisdicional, exercida com a consciência da necessidade de se assegurar a eficácia da Constituição, que o princípio republicano será plenamente realizado, prevalecendo resguardada a ordem social.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

2 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19.

De fato, pode-se afirmar que, no contexto da tripartição de poderes, o Judiciário é o principal responsável pela missão de atribuir efetividade às normas jurídicas, em consonância com a máxima chiovendiana segundo a qual o processo “deve dar, quanto possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”³.

Na busca pela efetividade da jurisdição (e também do processo, institutos indissociáveis que são⁴), algumas técnicas processuais são adotadas no sistema brasileiro, mediante a supressão ou adaptação de determinados atos do procedimento ordinário.

A antecipação dos efeitos da tutela é uma delas, já que proporciona a prática de meios executivos antes de transcorrido todo o trâmite legal, oportunizando a pronta realização do direito material pelo interessado, a partir de cognição sumária do magistrado.

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, a partir de inspiração no direito francês e italiano, introduziu no ordenamento pátrio a previsão legal de um novo caminho idôneo para incrementar a efetividade do processo civil e, por conseguinte, do próprio acesso à justiça.

Trata-se da possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida de modo antecedente pelo demandante, que ocorre com o não manejo de recurso pelo demandado contra a respectiva decisão concessiva, de acordo com disposição do art. 304 do CPC/15.

É bem verdade que a conformação de referida inovação legislativa com as demais normas postas despertou diversos questionamentos dentre os aplicadores do direito. Todavia, a par de controvérsias procedimentais, o presente estudo pretende analisar em que medida a estabilização, identificada por alguns processualistas como um fenômeno de autonomização da tutela de cognição sumária⁵ ou

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 67.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 47.

5 Cf. ANDRADE, Érico; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. In: *Revista de Processo*. v. 206, abril,

de monitorização do processo civil⁶, pode representar um incremento à efetividade da jurisdição.

2. A efetividade da tutela jurisdicional e do processo

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de acordo com o que prescreve a Constituição Federal de 1988 - CF/88, ao consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Significa que, ao Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, é atribuída a missão de aplicar as normas jurídicas vigentes. Trata-se de uma garantia fundamental, constitucionalmente firmada, que representa relevante papel no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, pois não se pode reconhecer direitos sem que se assegure os adequados meios para a respectiva fruição.

A norma fundamental estabelece também que o processo, instrumento da jurisdição, deve ser devido (art. 5º, LIV, CF/88), ou seja, justo. Logo, ele deve prestigiar determinadas categorias assecuratórias, que qualificam a atuação das partes e a atividade do julgador. Dentre elas, no processo civil moderno⁷, pode-se destacar a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF/88), da motivação das decisões (art. 93, IX, CF/88) etc.

Decorre imediatamente dos postulados da inafastabilidade e do devido processo legal, o direito fundamental à efetividade da jurisdição e do processo⁸, já que ambos estão relacionados à concretização dos direitos substanciais reconhecidos, sejam individuais, sejam coletivos.

2012, p. 13-59. MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n° 63, nov-dez, 2014, p. 24-29.

6 Cf. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo código de processo: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 209, 2012, p. 13-34. DIDIER JR., 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, p. 604-605.

7 THEODORO JÚNIOR, 2015, op. cit., loc. cit.

8 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113.

O papel que o devido processo legal desempenha está relacionado à própria noção de acesso à justiça, segundo explana Humberto Theodoro Júnior⁹ ao tecer comentários elucidativos acerca da importância desse princípio constitucional na efetivação dos direitos materiais, *in verbis*:

Devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional. A garantia tutelar é sempre realizada por meio de procedimento concebido e aplicado para bem e adequadamente cumprir sua função. É nessa *função* de realizar efetivamente os direitos materiais que se alcança, por meio do devido processo legal, o que ora se denomina de “justiça”, ora de “acesso à justiça”, ora de “acesso ao direito”. Daí porque *devido processo legal* é sempre algo que traz ínsito o objetivo substancial do ‘processo justo’.

(grifos do autor)

Em razão da qualificação constitucional do direito à efetividade do processo, cabe às normas infraconstitucionais implementar referida orientação. Nessa linha, o CPC/15 fixou disposição expressa assegurando o direito à atividade satisfativa, dentro do rol das normas fundamentais do processo civil pátrio, quando dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º).

É a fim de minorar as consequências prejudiciais que um delongado transcurso processual pode causar, embaraçando a efetividade do provimento final, que são adotadas tanto técnicas de sumarização do procedimento (*v.g.*, julgamento antecipado do mérito, rito dos Juizados Especiais) quanto técnicas de sumarização da cognição (*v.g.*, contraditório eventual característico dos embargos à ação monitória, restrição à prova documental como único meio de prova no mandado de segurança, limitação da extensão da cognição com as tutelas de urgência)¹⁰.

9 THEODORO JÚNIOR, 2015, op. cit., p. 50.

10 TURRA, Thiago Camatta Chaves. Os reflexos da autonomização e estabilização da tutela sumária prevista no projeto de código de processo civil na evolução da tutela de urgência brasileira. In: Celso Hiroshi Iocohama; Adriana Goulart de Sena Orsini. (Org.). *Processo e jurisdição I*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 444-465.

3. Tutela definitiva e tutela provisória

Pode-se afirmar que, no estudo da tutela jurisdicional, a tutela definitiva está para a segurança jurídica tanto quanto a tutela provisória está para a efetividade.

O caráter de definitividade¹¹ da jurisdição, originariamente, é ínsito ao seu próprio conceito e se opera por meio da incidência da coisa julgada sobre a decisão judicial. Afinal, tem-se por premissa que a norma individualizada e concreta, ao solucionar a crise de direito material, pretende trazer segurança jurídica aos litigantes.

Para isso, faz-se necessário que o provimento exarado pelo julgador seja formado em cognição exauriente, após ampla atuação das partes e livre apreciação de provas. Naturalmente, então, o curso processual se prolonga no tempo, considerando que ao direito de postulação do demandante constitucionalmente assegurado (art. 5º, LIV, CF/88) sempre se contraporá a defesa do demandado, no exercício da também constitucional garantia ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

Nesse sentido, percebe-se que a justificativa para o regime de exceção da tutela provisória está necessariamente vinculada à ideia de efetividade do processo. Discorre Fredie Didier Jr.¹², nos seguintes termos:

A principal *finalidade* da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo*, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

(grifo do autor)

Antecipada, pois, é a tutela provisória, ou seja, aquela havida com base em juízo de probabilidade e nascida a partir de cognição sumária,

11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Método, 2012, p. 03.

12 DIDIER JR., 2015b, op. cit., p. 567.

caracterizando-se pela precariedade e, conseqüentemente, pela inaptidão para produção da coisa julgada.

Referida técnica antecipatória pode ser observada tanto em uma *tutela antecipada cautelar*, aquela destinada a resguardar – antes do final do processo e provisoriamente – a futura satisfação do direito levado a juízo; quanto em uma *tutela antecipada satisfativa*, aquela que promove – antes do final do processo e provisoriamente – a própria satisfação do interesse da parte.

O CPC/15, a respeito dessa temática, se revela mais didático do que o CPC/73, demonstrando sem margem para dúvidas a possibilidade de antecipação da tutela, tanto cautelar quanto satisfativa (art. 294, p. único). Ademais, de modo salutar, concentrou em um único segmento todas as regras sobre a tutela provisória (Livro V), indistintamente – cautelares ou satisfativas, antecedentes ou incidentais, calcadas na urgência ou na evidência.

4. O rito da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC/15

Urgência ou evidência são os fundamentos para a tutela provisória no processo civil brasileiro (art. 294, CPC/15), a legitimar inclusive a prolação de decisão judicial sem prévia oitiva do demandado (art. 9º, I e II, CPC/15).

Concede-se a medida antecipatória calcada na urgência, se evidenciados pressupostos de probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), nos termos do art. 300 do CPC/15.

Ademais, com o advento do CPC/15, sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, o requerente pode optar por rito no qual o pedido de antecipação da tutela é apresentado em juízo em caráter antecedente, isto é, antes mesmo da postulação principal (art. 303).

Estão bem distinguidos no recente Códex, sob a perspectiva procedimental, o rito para requerimento antecedente de tutela antecipada satisfativa (arts. 303 e 304) do rito para postulação em caráter antecedente de tutela cautelar (arts. 305 a 310) não satisfativa.

Em razão do objeto deste estudo, restringir-se-á a análise somente às normas que regulamentam o procedimento da tutela antecipada (satisfativa) requerida em caráter antecedente, já que apenas nessa hipótese é explícita a possibilidade de que a decisão se torne *estável*.

Segundo estabelece o art. 303, o autor pode, na petição inicial, se limitar a apenas requerer a tutela antecipada e a indicar o pedido da tutela final, expondo a lide, o direito que busca realizar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ele deve manifestar inequivocamente a pretensão de se utilizar do rito previsto nesse artigo (art. 303, § 5º), bem assim indicar o valor da causa com base no pedido final (art. 303, § 4º).

Caso não vislumbrados pelo juiz elementos suficientes para concessão da tutela antecipada antecedente, o autor deverá emendar a inicial em até cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 6º). José Miguel Garcia Medina¹³ ilustra que a expressão *emenda* não parece ser a melhor, uma vez que pode não existir qualquer vício a ser corrigido, mas apenas elementos a serem adidos.

Se, porém, concedida imediatamente a tutela antecipada, deverá o demandante aditar a inicial, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º). Complementará sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, em 15 dias ou prazo judicial maior (art. 303, § 1º, I). O não aditamento implica a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º).

Além disso, se concedida a tutela, o demandado será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 303, § 1º, II); e, não havendo autocomposição, inicia-se o prazo para contestação (art. 303, § 1º, III).

A possibilidade de estabilização da tutela antecipada está disposta no art. 304, o qual fixa 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”, qual seja, agravo de instrumento (art. 1.015, I). Caso tal recurso não seja manejado, portanto, extingue-se o processo e se estabiliza a decisão (art. 304, § 1º).

13 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 487.

Nessa situação, de acordo com o que bem pontua a doutrina¹⁴, compatibilizando a disciplina dos art. 303, § 2º e art. 304, *caput* e § 1º, a apresentação do pedido principal se revela como uma mera faculdade do demandante.

Também desponta doutrinariamente entendimento segundo o qual não só o manejo de agravo de instrumento teria o condão de afastar a estabilidade, mas também, dentro do prazo recursal, a oferta de contestação ou a manifestação do réu pela realização da audiência de conciliação ou de mediação, pois ambos caracterizariam sua vontade pelo aprofundamento da cognição¹⁵.

Uma vez estabilizada a decisão antecipatória, permite-se que ela seja revista, reformada ou invalidada em nova demanda. Todavia, referida decisão conserva seus efeitos até que isso aconteça (art. 304, § 3º). Ambas as partes possuem legitimidade para a propositura (art. 304, § 2º), devendo fazê-lo, se assim desejarem, dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados da ciência do provimento que extinguiu o processo (art. 304, § 5º).

A competência para julgamento de referida ação é, por prevenção, do juízo que concedeu a tutela antecipada, sendo que qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos para instrução da demanda (art. 304, § 4º).

Nada dispôs o legislador sobre o grau de definitividade da tutela provisória estabilizada após decorrido tal prazo decadencial. Explicitou apenas que a estabilidade só será afastada por novo provimento de revisão, reforma ou invalidação, sem que isso signifique incidência da coisa julgada (art. 304, § 6º).

5. A autonomização da tutela de cognição sumária no direito comparado

Em estudo do direito comparado, observa-se que a técnica prevista pelos art. 303 e art. 304 do CPC/15 consiste na incorporação ao processo

¹⁴ Idem.

¹⁵ MITIDIERO, 2014, op. cit., p. 26.

civil brasileiro de uma sistemática característica de outros países, em especial França e Itália, nos quais convive com o procedimento ordinário (calcado na cognição plena) um rito sumário que, com efetividade, resolve a problemática da relação jurídica material sem exaurimento da cognição do juiz, tampouco formação da coisa julgada. E mais, o faz de modo independente ao rito ordinário.

Segundo assinalado por Daniel Mitidiero¹⁶, é dos procedimentos francêss (“*de référé*” e “*sur requête*”) e italiano (“*provvedimenti d’urgenza*” e “*strumentalità attenuata*”) que adveio a inspiração do legislador para instituir no ordenamento pátrio o art. 304 do CPC/15.

Especificamente, Gustavo Bohrer Paim¹⁷ afirma que o *référé*, ação sumária autônoma regulamentada pela ordem jurídica francesa – também pela belga –, é o exemplo mais sólido de modelo perfilhado pelo legislador no projeto que culminou no CPC/15. A contextualização do instituto é, por ele, delineada nos seguintes termos:

Conforme dispõe o art. 484 do novo CPC (LGL\1973\5) francês, o *référé* é uma decisão provisória tomada a pedido de uma parte, na presença de outra ou sendo esta chamada, no caso em que a lei confere a um juiz, que não é o responsável pelo processo principal, o poder de ordenar imediatamente as tutelas necessárias. O *référé* recai a um órgão próprio, uma jurisdição específica, a jurisdição provisória, que não entra no julgamento do principal, do mérito. O objeto do juízo provisório e o do principal de mérito são diversos.

As tutelas tomadas em *référé*, em sua concepção tradicional pelo menos, visam a assegurar uma proteção provisória na espera de uma proteção final. No entanto, também podem ser utilizadas de fato como um substituto eficaz de uma decisão definitiva, já que não há obrigação legal de dar início a um processo de fundo. Na França, o provisório aspira a ser definitivo, sendo que os franceses costumam referir que “nada dura como o provisório”.

16 Ibidem, p. 27.

17 PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. In: *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 203, janeiro, 2012, p. 99-118.

O *référé* viabiliza, pois, que decisão provisória dure indeterminadamente. Não havendo obrigatoriedade de que o beneficiário do *référé* ajuíze um processo de mérito, o provisório pode se tornar, de fato, definitivo.

Humberto Theororo Jr. e Érico Andrade¹⁸ identificam que a sistemática ora tratada representa uma autonomização da tutela de cognição sumária em relação à tutela de cognição plena. Coloca-se, igualmente nessa linha, Daniel Mitidiero¹⁹.

Esclarecedoras são as ideias tecidas por Theodoro Jr. e Andrade quando abordam a evolução desse fenômeno de independência da tutela de cognição abreviada nos direitos francês e italiano, *in verbis*:

Em resumo, autonomizou-se e estabilizou-se a tutela de cognição sumária em relação à cognição plena, com a possibilidade de a tutela sumária resolver a crise de direito material, constituindo-se em nova forma de solução jurisdicional de conflitos ao lado da forma tradicional realizada nos processos de cognição plena.

A tutela sumária, em procedimento próprio ou dentro do processo de cognição plena, permitindo o encerramento deste último processo, tem por objetivo, segundo autorizada doutrina italiana, satisfazer três exigências fundamentais do sistema processual atual: (a) exigência de economia processual; (b) *exigência de efetividade do processo*; e (c) exigência de impedir abuso do direito de defesa.

Por isso, a essa decisão antecipatória sumária não se ligam os efeitos da imutabilidade ou perenidade decorrente da autoridade da coisa julgada, mas apenas certa estabilidade de efeitos, independentemente, repita-se, da instauração do processo de cognição plena ou de mérito. E assim ocorre porque, como já dito, a vontade das partes pretende apenas a solução do problema do direito material e não a obtenção do certificado processual da imutabilidade ou da indiscutibilidade do direito, fornecido pelo conceito de coisa julgada, que só aparece após o amplo e custoso processo de conhecimento, de cognição plena, em que, no mais das vezes, quando se dá o acertamento pleno, o tempo já corrou ou prejudicou seriamente a fruição do direito material pelo titular. *(destaque nosso)*

18 ANDRADE, THEODORO JÚNIOR, 2015, op. cit., loc. cit.

19 MITIDIERO, Daniel. 2014, op. cit., p. 24.

Importante ressaltar, consoante dado apurado pela ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover²⁰, em conclusão a estudos conduzidos sobre o tema da cognição sumária no direito comparado, no sentido de que, “no *référé* francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário”.

6. A autonomização da tutela de cognição sumária no processo civil brasileiro prevista nos arts. 303 e 304 do CPC/15 e a efetividade do processo

Na linha do que foi exposto, é fácil perceber que a disciplina dos arts. 303 e 304 do CPC/15, de fato, promove uma quebra na tradição brasileira de vinculação obrigatória da tutela de cognição sumária ao procedimento comum, no qual perpetua a cognição exauriente.

Originariamente, sob a égide do CPC/73, mostrava-se necessária essa ligação, seja na técnica de antecipação de tutela prevista no art. 273, seja no procedimento cautelar disposto nos arts. 796 e seguintes, conforme explicitado²¹:

Com efeito, tanto no âmbito da tutela antecipada quanto do processo cautelar, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) é expresso ao imprimir o vínculo ou liame necessário, inafastável, das tutelas cautelar e antecipada com a tutela de cognição plena:

a) na tutela antecipada, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) dispõe no art. 273, § 5.º, que deferida ou não a antecipação de tutela, o processo de conhecimento, de cognição plena, prosseguirá até o julgamento final: ou seja, por exemplo, deferida a tutela antecipada, o processo de conhecimento segue, necessariamente, até a sentença (= cognição plena), de modo que não existe possibilidade de a tutela antecipada subsistir sem a subsequente cognição plena. O autor, que, por exemplo, obtenha a tutela antecipada é obrigado, pelo sistema brasileiro vigente, a prosseguir no processo até a decisão de cognição plena;

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 121, março, 2005, p. 11-37.

21 ANDRADE, THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 13 et seq.

b) no processo cautelar, se deferida a tutela cautelar, a parte é obrigada a propor, em 30 dias, a ação principal, sob pena de a medida cautelar perder a eficácia (art. 808, I, do CPC (LGL\1973\5)): ou seja, se deferida medida cautelar para tutelar direito material objeto de processo de conhecimento, este tem necessariamente de ser ajuizado, para que haja a subsequente realização da cognição plena, de modo que a cautelar também não teria como sobreviver, hoje, no direito brasileiro, sem o subsequente processo de conhecimento.

A partir da introdução do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente pelo CPC/15, nasceu a possibilidade de autonomia da tutela jurisdicional realizada com base em juízo de probabilidade, reconhecendo-se a ela aptidão para existir independentemente do processo principal. Confere-se aos litigantes, atualmente, a faculdade de sanar a celeuma do direito material mediante decisão judicial sumária, que não fará coisa julgada.

Para tanto, basta que o autor provoque o Judiciário sinalizando essa intenção, nos termos do art. 303, § 5º, do CPC/15, bem assim que o réu, verificando também interesse em evitar um longo deslinde processual, permaneça inerte quando cientificado da decisão antecipatória da tutela.

De acordo com abalizada doutrina²², faz-se imperioso, ainda, que o autor não tenha declarado na petição inicial vontade de, após a concessão da tutela antecipada, dar prosseguimento no conhecimento do mérito. A explicação para referido pressuposto negativo se dá nos seguintes termos:

Sendo assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará a vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304.

O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, § 5º, CPC), subentende-se que ele estará satis-

22 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: n° 126, maio, 2015, p. 95-100.

feito com estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304.

Com efeito, não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada apenas e tão somente na peça de aditamento da inicial (art. 303, § 1º, I). Afinal, o prazo para aditamento – de, pelo menos, 15 dias – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo recursal (art. 1.003, § 2º, c.c. art. 231). Dessa forma, caso fosse aceitável que o autor demonstrasse seu propósito de aprofundamento da cognição somente nesse ato de aditamento, isso poderia causar frustração ao réu que, desejando a vindoura estabilização, deixara de recorrer e não a obtivera.

É clara a finalidade da estabilização, no sentido de conferir às partes a possibilidade da equalização da contenda de modo célere e efetivo, ainda que em prejuízo ao conhecimento do mérito.

A partir desta concepção é que notórios processualistas²³ afirmam que a estabilização da tutela antecipada disposta no art. 304 do CPC/15 pode ser compreendida como uma técnica de monitorização.

Se, na ação monitória, autoriza-se a possibilidade de formação de título executivo a partir de mera prova documental, quando da não oposição de embargos pelo demandado após sua citação; também na estabilização, inexistindo manejo de recurso pelo réu, observa-se oportunidade de que o demandante se beneficie dos efeitos estáveis de decisão judicial, antes de findo todo o deslinde do feito.

Tal qual na ação monitória, constata-se que, na previsão do art. 304, “o legislador vale-se aí da técnica da *inversão da iniciativa* para o debate, que se apoia na realização de eventual contraditório por iniciativa do interessado (*contraditório eventual*)”²⁴.

23 Cf. TALAMINI, op. cit., p. 13 et seq. DIDIER JR., Fredie, op. cit. p. 604 et seq.

24 MITIDIERO, op. cit., p. 27.

Eduardo Talamini²⁵ faz um paralelo entre a estabilização da tutela antecipada e a ação monitória, destacando a coincidência de algumas características entre os institutos, senão vejamos:

(...) A estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitória:

- a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor;
- b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável;
- c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente;
- d) não haverá coisa julgada material (v. adiante).

E, na medida em que o âmbito de incidência das medidas urgentes preparatórias não é limitado a determinadas categorias de litígio ou modalidades de pretensão, a estabilização de tutela urgente apresenta-se como um mecanismo geral, que, aparentemente, seria apto a “monitorizar” o processo brasileiro como um todo.

Igualmente, Fredie Didier Jr.²⁶ assinala que o legislador realizou uma generalização da técnica da monitória, ao admiti-la no procedimento ordinário para todas as situações que se enquadrem no contexto do art. 304. Ele assevera, inclusive, ser legítimo pensar até em um microsistema de técnica monitória, havendo uma complementação recíproca entre os dispositivos que regem a ação monitória e os arts. 303 e 304 do CPC/15.

Haveria, assim, uma combinação de duas técnicas de sumarização da cognição em um único instituto, ambas orientadas pelo propósito de efetividade do processo. De um lado, há a limitação da extensão da cognição característica das tutelas de urgência; de outro, há o contraditório eventual, ou seja, o adiamento da discussão meritória para um novo processo de conhecimento, como nos embargos da ação monitória.

25 TALAMINI, op. cit., loc. cit.

26 DIDIER JR., op. cit., p. 605.

É inquestionável, pois, a magnitude que este novo instituto tem para, da mesma forma como ocorre no direito alienígena, proporcionar a efetividade do processo civil e, conseqüentemente, do próprio acesso à justiça no Brasil.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a incorporação dessa sistemática ao CPC/15 foi feita com algumas adaptações pelo legislador pátrio, o que poderia tornar a experiência brasileira não tão satisfatória quanto o é na origem.

Por exemplo, dentre as dúvidas surgidas com o advento da estabilização da tutela antecipada, uma das principais diz respeito ao grau de definitividade que essa decisão possuiria, já que existe disposição expressa no sentido de que ela não transitará em julgado (art. 304, § 6º), mas, após transcorridos 2 (anos) do prazo decadencial para ajuizamento de nova ação para revisão, reforma ou invalidação (art. 304, § 5º), haveria, em tese, verdadeira imutabilidade de seus efeitos. Dessa forma, o provimento exarado nessas circunstâncias não seria plenamente expressão da garantia de segurança jurídica pertinente à atividade jurisdicional.

Além disso, nossa cultura jurídica se mostra muitas vezes marcada pela litigiosidade, se, por exemplo, considerado o volume de recursos manejados pelas partes, em sua maioria com objetivos protelatórios, assoberbando desnecessariamente o Judiciário.

Nesse contexto, em que pese o transparente intuito do legislador direcionado à busca por um processo efetivo, parece pertinente a indagação, em um primeiro momento, de até que ponto haveria uma opção massiva pela faculdade disciplinada nos arts. 303 e 304. Isto é, em que medida os litigantes passariam a se dar por satisfeitos com provimento judicial efetivo, porém, a rigor, precário.

A experiência francesa demonstra que, além de assegurar a efetividade da atuação jurisdicional, o *référé* representa, em boa medida, também segurança jurídica àqueles que se utilizam desse procedimento, senão vejamos:

O *référé* é a jurisdição do caso concreto, permitindo juízos com base na aparência, na verossimilhança, preenchendo os vazios teóricos da

lei. E a provisoriedade da decisão acaba não se confirmando na prática francesa, pois, poucas vezes, se recorre à possibilidade de se rediscutir a matéria em outro órgão jurisdicional, colegiado, que não estaria vinculado ao julgamento do *référé*. Assim, o *référé* acaba por adquirir uma autoridade de fato sobre o julgamento de mérito.²⁷

Portanto, poderia se afirmar que a noção da definitividade como própria do conceito de jurisdição²⁸ se afigura abalada com o advento do art. 304 do CPC/15, ao menos aquela que tradicionalmente está associada à coisa julgada.

Após o início da vigência deste novo instituto, passa a nem sempre ser imprescindível a existência de coisa julgada para que reste caracterizado o exercício da função precípua do Poder Judiciário. Isso poderia ser verificado, pois, tão somente com a estabilidade de uma decisão oriunda de juízo de probabilidade.

A compreensão desse paradigma parece ser diretamente proporcional à força que o rito da estabilização da tutela antecipada pode ganhar no seio do cotidiano forense.

7. Conclusão

Diante da disposição introduzida pelo art. 304 do CPC/15, possibilita-se no processo civil brasileiro que a tutela de urgência formulada em juízo de probabilidade tenha força para existir independentemente do processo de conhecimento.

Não mais se pressupõe que, após a antecipação dos efeitos da tutela, necessariamente haja o prosseguimento da prestação jurisdicional com exaurimento da cognição, nem tampouco o trânsito em julgado do respectivo provimento (art. 304, § 6º).

Cuida-se da autonomização da tutela de urgência calcada em cognição sumária, na qual decisão com efeitos *estáveis* proferida pelo

27 PAIM, op. cit., loc. cit.

28 “A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.” (NEVES, 2012, op. cit., loc. cit.).

Poder Judiciário pode promover de modo efetivo a pacificação social. Ou seja, viabiliza-se o exercício da atividade jurisdicional sem a definitividade tradicionalmente concebida, como efeito da coisa julgada.

Observa-se, portanto, o potencial que a estabilização da tutela antecipada possui em promover significativas mudanças na estrutura do modo de se litigar no Brasil, inclusive prestigiando o exercício do direito constitucional à efetividade do processo, tudo a depender do grau de adesão e da forma de aplicação deste instituto pelos juristas brasileiros.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Érico. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. In: *Revista de Processo*. vol. 206, abril, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 67.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: n° 126, p. 95-100, maio, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 121, p. 11-37, março, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MIDITIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, nº 63, nov-dez, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PAIM, Gustavo Bohrer. O référé francês. In: *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 203, p. 99-118, janeiro, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto do novo código de processo: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 209, p. 13-34, julho, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TURRA, Thiago Camatta Chaves. Os reflexos da autonomização e estabilização da tutela sumária prevista no projeto de código de processo civil na evolução da tutela de urgência brasileira. In: Celso Hiroshi Iocohama; Adriana Goulart de Sena Orsini. (Org.). *Processo e jurisdição I*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 444-465.

Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy

Diego Brito Cardoso¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A estrutura dos direitos fundamentais; 3 – Colisão entre direitos fundamentais e ponderação; 4 – Proporcionalidade; 5 – Críticas à racionalidade da ponderação; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos direitos fundamentais em seu texto, caracterizando-se como um ambicioso projeto para a transformação da sociedade brasileira.

Com efeito, o Brasil estava finalmente saindo de mais de 20 (vinte) anos de ditadura, razão pela qual a Assembleia Constituinte se esforçou em prever na Carta Magna direitos fundamentais de toda sorte, retirando do alcance do legislador ordinário a possibilidade de supressão ou diminuição de tais garantias. Educação e saúde para todos, meio ambiente equilibrado, cultura, desporto, assistência social, previdência, proteção da criança, adolescente, jovem e idoso, acesso à justiça. Todos

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

esses temas foram contemplados de alguma forma pela Constituição Federal de 1988.

Conjuntamente a este cenário adveio o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente com a previsão do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça², com o alargamento do rol de legitimados para ingressar com ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal³, bem como a possibilidade de qualquer juiz realizar o controle concreto de constitucionalidade de qualquer norma jurídica.

2 O artigo 5º, inciso XXV da Constituição Brasileira consagra o princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como o item 1 do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), preveem garantias semelhantes, respectivamente:

Art. VIII - Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Art. 8º, item 1 - Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

3 A redação inicialmente trazida no texto da Constituição Federal de 1988 era a seguinte:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por outro lado, lembre-se que, na vigência da Emenda Constitucional 01/69, apenas o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para tal fim, *in verbis*:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Com efeito, a enorme gama de direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, aliada a um Poder Judiciário mais forte, contribuiu para uma crescente judicialização de direitos. Ocorre que, em diversas situações cotidianas da vida, a aplicação dos direitos fundamentais podem resultar em colisão ou conflito entre eles, gerando uma dificuldade, ao intérprete, em relação a qual direito deva prevalecer no caso concreto.

Neste panorama, a teoria do jurista alemão Robert Alexy defende, com base na jurisprudência alemã, o uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade como soluções para o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios, tendo sido amplamente incorporada no Brasil pela doutrina e pelo Poder Judiciário.

Não obstante, constata-se que a aplicação de tais postulados passou a servir muitas vezes para justificar meros subjetivismos do intérprete, carecendo de maior rigor científico. Com efeito, não são poucos os julgados que utilizam-se do princípio da proporcionalidade apenas para justificar uma escolha pessoal por parte do julgador, sem a demonstração completa do raciocínio aplicado.

Sendo assim, a elaboração do presente artigo pretende contribuir para o debate acerca da correta aplicação das teorias da ponderação e da proporcionalidade de Robert Alexy, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto.

2. A estrutura dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são assim considerados por serem considerados como inerentes à condição humana. Conforme os ensinamentos de Vidal Serrano Nunes Júnior, direitos fundamentais podem ser entendidos

como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).⁴

4 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 15.

Utilizando-se dos ensinamentos de Peter Häberle⁵ e corroborando o conceito de Vidal Serrano Nunes Júnior, é certo que os direitos fundamentais funcionam como um sistema, uma vez que suas normas encontram-se em permanente interação e, conseqüentemente, em constante colisão. Segundo Häberle, tal sistema possui a característica de ser aberto, já que tais normas devem ser obrigatoriamente interpretadas de acordo com o contexto político, econômico e social vigente. Com efeito, é essa abertura que promove a integração entre a norma e a realidade, permitindo a chamada mutação constitucional, isto é, a alteração do significado da norma sem a correspondente mudança do texto normativo.

Devido à sua importância, é condição para a configuração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais possuam força vinculante, obrigando tanto o Estado quanto os particulares a respeitá-los. Não obstante, não podemos olvidar que, para que tais garantias possuam tal força, é imprescindível que todas normas de direitos fundamentais possam ser justiciáveis, ou seja, que sua efetivação possa ser verificada pelo Poder Judiciário. Neste cenário, de rigor reconhecer o princípio do acesso à justiça, bem como o fortalecimento do Poder Judiciário, como essenciais para o contínuo desenvolvimento de qualquer sociedade.

Exposto um conceito doutrinário de direitos fundamentais, é importante mencionar que tais direitos podem ser definidos em duas dimensões. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais demonstram a forma de organização e atuação do Estado.⁶ Já em sua dimensão subjetiva, direitos fundamentais podem ser definidos como direitos a uma prestação (direitos subjetivos), ou seja, são situações jurídicas onde o titular tem a prerrogativa de exigir de alguém determinada conduta. Logo, se de um lado existe um direito a uma prestação, do outro deve existir um dever de prestação. Assim sendo, é certo que os direitos fundamentais

5 HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997.

6 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 45.

podem se situar tanto no plano das relações entre o Estado e os particulares quanto apenas entre particulares.

Como cediço, as normas jurídicas podem se estruturar em forma de regras ou de princípios, sendo diversas as formas de diferenciá-los.

Com base no critério de fundamentalidade da norma, princípios podem ser entendidos como sendo as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam a concretização de tais princípios. Já utilizando-se do critério da generalidade, princípios seriam as normas com grau de generalidade mais elevada, enquanto as regras seriam as normas com grau de generalidade mais baixo.

Humberto Ávila, por sua vez, defende que regras e princípios diferenciam-se entre si em relação ao grau de abstração correspondente, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. De acordo com seu entendimento,

pode-se definir os princípios como normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.⁷

Por outro lado, as regras teriam a “função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder”.⁸ Com efeito, por terem a função de descrever com maior clareza aquilo que é proibido, permitido ou mesmo obrigatório, as regras diminuem “a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos”⁹.

7 ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001. pg. 21.

8 ÁVILA, Humberto. *NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 4.

9 *Idem. Ibidem.* p. 4.

Já Carsten Bäcker¹⁰ sustenta que a derrotabilidade deve ser o critério para distinguir regras e princípios. Segundo tal autor, derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Assim, as regras seriam derrotáveis, já que sempre admitem exceções. A derrotabilidade das regras seria, portanto, decorrente da limitação humana de prever todas as circunstâncias relevantes incidentes no caso concreto, não sendo possível criar uma regra sem exceções. Por outro lado, princípios nunca seriam derrotáveis, já que, como mandamentos de otimização, seriam aplicados considerando todas as circunstâncias dadas, não podendo surgir nenhuma exceção em sua aplicação.

Para Ronald Dworkin¹¹, a primeira diferença entre regras e princípios é em relação ao tipo de orientação que elas oferecem (dimensão de validade). As regras seriam aplicadas à maneira do tudo ou nada, isto é, ou as regras são válidas para o caso concreto e, por isso, aplicadas na sua integralidade, ou não são válidas, não sendo, portanto, aplicadas. Sendo assim, no caso de conflito entre duas regras, uma delas nunca poderá ser válida. Já os princípios não teriam essa dimensão de validade, e sim uma dimensão que as regras não possuem: a de peso ou importância. Desta forma, no caso de colisão entre princípios prevaleceria aquele com maior importância para aquele determinado caso concreto, sem que isso implicasse a invalidade do outro princípio, uma vez que em outros casos é possível que o princípio de maior importância seja outro.

Com base em tal distinção, Dworkin sustenta que princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”¹².

Robert Alexy, por sua vez, defende que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, sendo tais categorias diferentes em relação à estrutura e à forma de aplicação. Em suas palavras, “o ponto decisivo

10 BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos n.º 102, jan./jun. 2011. Belo Horizonte. p. 55-82.

11 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39-46.

12 DWORKIN, Ronald . Op. cit. p. 36.

na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹³

Por fim, Alexy¹⁴ defende que regras são normas que expressam deveres definitivos, ou seja, definem exatamente o que se deve fazer, devendo ser aplicadas sempre por subsunção. Regras só podem ser cumpridas ou não, sendo, portanto, mandamentos definitivos. Importante esclarecer que uma norma pode ser estruturada como uma regra, apesar de ser chamada de princípio. Exemplo: princípio da anterioridade tributária¹⁵. Os princípios, por sua vez, seriam mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Em outras palavras, princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após a análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Exemplo: o princípio da liberdade de expressão é um direito *prima facie*, já que ele constantemente entra em colisão com outros direitos, tais como a intimidade e a honra.

Conforme visto, existem diversas classificações e diferenças entre conceitos de regras e princípios. Não obstante, Virgílio Afonso da Silva não enxerga problema em tais distinções:

O que precisa ficar claro, como já salientei acima, é que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações, ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias, quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintos – e, por isso, pouco ou nada úteis.¹⁶

13 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 90.

14 *Idem. Ibidem*. p. 90-108.

15 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

16 SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I, 2003. p. 613.

Dessa forma, podemos concluir desde já que os direitos fundamentais podem constituir tanto regras quanto princípios. Porém, é certo que a maioria dos direitos fundamentais configura-se como princípios.

Com efeito, a vantagem de utilizar princípios é que tal modelo possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade, enquanto o modelo de regras implica uma maior rigidez. Sendo assim, a vantagem de se estruturar direitos fundamentais na forma de princípios é permitir o cumprimento da Constituição sem que se exija o impossível, como se fosse uma reserva do possível daquilo que o particular pode exigir razoavelmente do Estado e da sociedade.

Vistas as principais diferenças entre regras e princípios, passaremos ao estudo das soluções dadas por Robert Alexy para solucionar a colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de regra e de princípios.

3. Colisão entre direitos fundamentais e ponderação

Segundo Robert Alexy¹⁷, as colisões de direitos fundamentais podem ser compreendidas estrita ou amplamente.

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a outro direito fundamental de outra pessoa. Exemplo: publicação de biografias não autorizadas caracteriza um conflito entre liberdade de expressão e direito de informação contra direitos da personalidade (privacidade, imagem e honra).

As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito são divididas em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais diferentes. As colisões de direitos fundamentais idênticos podem ser divididas em 4 (quatro) tipos:

a) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, estando ambos do mesmo lado. Exemplo: 2 (dois)

17 ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

grupos pedem para fazer uma manifestação no mesmo lugar e no mesmo horário (direito de reunião);

b) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, porém enquanto um exerce um direito de defesa liberal, o outro tenta exercer um direito de proteção. Exemplo: quando um policial mata um sequestrador para salvar o refém (direito à vida);

c) quando entram em conflito o lado positivo e o negativo do mesmo direito. Exemplo: direito à crença (direito de praticar ou não alguma crença);

d) quando entram em conflito o lado jurídico e o lado fático do mesmo direito. Exemplo: gratuidade da justiça (igualdade formal/jurídica e igualdade material/ fática).

Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, por sua vez, nascem sempre que o exercício ou a realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a bens coletivos. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 101 é um exemplo de colisão entre direitos fundamentais em sentido amplo. Tal ADPF analisou a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados (Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex e da Secretaria de Comércio Exterior – Secex, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama e Decretos Federais), uma vez que diversas decisões judiciais estavam permitindo a importação de pneus usados de países que não faziam parte do Mercosul. Julgando parcialmente procedente o mérito desta ADPF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos atos normativos supramencionados, privilegiando o meio ambiente equilibrado (bem coletivo) ao invés do direito ao exercício da livre iniciativa (direito fundamental)¹⁸.

Outro exemplo pode ser extraído do dever legal da indústria de cigarro colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos¹⁹.

18 Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 24/06/2009.

19 Dever decorrente da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003, assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003 e promulgada através do Decreto n. 5.658 de 02 de janeiro de 2006.

Com efeito, tal determinação é uma intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de cigarro (direito fundamental) feita com justificativa na proteção da população diante de riscos à saúde (saúde pública – bem coletivo).

Assim como Dworkin, Alexy entende que uma das soluções para a colisão entre regras é declarar uma delas inválida. Mas ele vai além, defendendo que é possível também a introdução de uma cláusula de exceção em determinada regra para que o conflito seja eliminado. Exemplificando sua posição, Alexy afirma o seguinte:

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.²⁰

Com efeito, Alexy defende que as regras devem ser sempre aplicadas através da subsunção, nunca através da ponderação, ainda que na hipótese de colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de regras. Fazendo um acréscimo à teoria de Alexy, é certo que para solucionar o conflito entre regras também é possível a utilização de algum dos critérios de resolução de antinomias jurídicas (hierárquico, cronológico e especialidade²¹) ou ainda a aplicação de algumas das técnicas de interpretação constitucional (interpretação conforme a Constituição, nulidade parcial sem redução de texto ou declaração de inconstitucionalidade com redução de texto)²².

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op cit. p. 92.

21 Alexy também propõe tal solução, ainda que sem tanto destaque: “Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 93.

22 Para um estudo mais profundo das técnicas de interpretação constitucional: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 746-802.

Já na hipótese de colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, Alexy²³ não entende que um deles possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles uma cláusula de exceção ou mesmo que exista uma relação de precedência absoluta ou abstrata entre quaisquer princípios.

Com efeito, Alexy parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer.

A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso Lüth²⁴, para resolver um conflito entre direitos fundamentais.

Erich Lüth era o presidente do clube da imprensa de Hamburgo e convocou boicote aos filmes de Van Harlan, famoso diretor do cinema nazista, produzidos após 1945. Processado, Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, com base no artigo 826 do Código Civil Alemão, a omitir-se de novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de multa pecuniária, considerando sua conduta contrária à moral e aos bons costumes. Incorformado, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que, sopesando os direitos fundamentais em conflito, considerou a incitação ao boicote de Lüth protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental Alemã, dando ganho de causa a Lüth.

Assim decidindo, o Tribunal Constitucional Alemão fixou 2 (dois) postulados seguidos até hoje:

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 93-99. Não obstante, na mesma obra Alexy ressalta que apenas excepcionalmente um princípio pode ser declarado inválido: “O princípio da segregação racial demonstra que também nos casos dos princípios é possível que a questão da validade seja postulada, embora isso raramente ocorra”. p. 110.

24 ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n.2, junho de 2003. p. 132-134.

1) Os direitos fundamentais previstos na Constituição irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, ou seja, toda interpretação da ordem jurídica deve ser feita à luz da Carta Magna, ainda que se trate de relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitucionais);

2) A ponderação é um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão.

Importante notar que, do resultado da colisão entre dois princípios, surgirá uma regra específica, a qual consistirá na consequência jurídica do princípio prevalecente, criada sempre com base nas condições fáticas do caso concreto. Alexy chama tal conexão de lei de colisão, sustentando, em outras palavras, que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”²⁵

Neste cenário, Alexy defende que “o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação”²⁶, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade.

4. Proporcionalidade

Na linguagem cotidiana, proporcionalidade é igual à razoabilidade. Até na doutrina e na jurisprudência, normalmente a proporcionalidade é tratada como mero sinônimo de razoabilidade. Para muitos, a única diferença seria que a proporcionalidade seria uma construção dos alemães, enquanto a razoabilidade seria uma construção dos norte-americanos²⁷. Porém, a razoabilidade e a proporcionalidade diferenciam-se na origem e nas suas estruturas, senão vejamos.

25 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 99.

26 ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Op. cit. p. 75.

27 BARROSO, Luis Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 52, 1999. p. 57.

Segundo o Professor Willis Santiago²⁸, na Inglaterra não se fala em princípio da razoabilidade, mas sim em princípio da irrazoabilidade. Virgílio Afonso da Silva²⁹, por sua vez, ensina que o princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, surgiu em decisão proferida em 1948 no caso *Associated Provincial Pictures Houses Ltd. versus Wednesbury Corporation*. Na verdade, em tal decisão foi formulado um teste de irresponsabilidade (ou teste Wednesbury) segundo o qual “se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir”. Sendo assim, tal critério serviria apenas para afastar atos absurdamente irrazoáveis, não se confundindo com a regra da proporcionalidade, conforme veremos.

Dessa forma, não fica difícil concluir desde já que um ato pode ser razoável e desproporcional, já que para ele ser razoável basta que não seja absurdo.

Não obstante, o Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal, geralmente usa os dois termos como sinônimos, sendo na verdade meros argumentos retóricos. O raciocínio costuma ser bem simples³⁰:

- a Constituição consagra a regra da proporcionalidade;
- o ato questionado não respeita essa exigência;
- o ato questionado é inconstitucional.

O conceito de proporcionalidade, como não poderia deixar de ser, não é unânime na doutrina.

Humberto Avila³¹ defende que o dever de proporcionalidade não é um princípio nem uma regra, sendo um postulado normativo aplicativo,

28 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Grau, Eros Roberto / Guerra Filho, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 283.

29 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais* 798, 2002. p. 29/30.

30 *Idem. Ibidem*. p. 31.

31 ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. *Op. cit.* p. 24-25.

ou seja, uma condição imposta pelo próprio Direito para que ele seja corretamente aplicado.

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, define a proporcionalidade como uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.³²

Outrossim, o mesmo autor elenca a existência de 3 (três) correntes em relação à estrutura do princípio da proporcionalidade³³:

- 1) Alexy: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
- 2) Böckenförde e Schlink: adequação e necessidade;
- 3) Corte Europeia de Direitos Humanos: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

Sem olvidar da importância das teorias acima, devido à limitação de tamanho e o propósito do presente artigo, vamos concentrar o estudo no conceito de proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy, majoritariamente aceito na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Explicando a necessária conexão existente entre a sua teoria dos princípios e a aplicação da proporcionalidade, Robert Alexy sustenta o seguinte:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.³⁴

32 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Op. cit. p. 23.

33 *Idem. Ibidem*. p. 35.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit. p. 117.

Assim sendo, importante destacar que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus 3 (três) subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não obstante, importante destacar que a análise de determinada medida através de todos os subprincípios não é sempre obrigatória, ou seja, a relação entre eles é subsidiária, só se passando para o exame através do outro subprincípio caso o ato analisado seja considerado proporcional. Exemplo: eu só analiso se uma medida é necessária, após verificar se ela é adequada. Caso ela seja inadequada, ela já será tida como desproporcional, sendo prescindível o seu exame pelo subprincípio da necessidade.

O subprincípio da adequação consiste em realizar um exame absoluto, ou seja, sem comparações com outras hipóteses, em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado.

Podemos ter como exemplo uma lei que torna obrigatório o uso de capacete para todos motociclistas, com o objetivo de proteger a integridade física deles. O capacete é um meio abstratamente eficaz para o fim de proteger a integridade física do motociclista? Creio que sim. Logo, tal medida é adequada, devendo ser examinada através dos outros subprincípios da proporcionalidade para verificar se ela é, ao final, tida como proporcional.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, obriga a realização de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo. Em suma, aqui pretende-se aferir se a realização de tal objetivo não pode ser promovido de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido. Assim, o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-se a comparação supramencionada.

Podemos aqui pensar, hipoteticamente, em uma lei que exija capacete para motoristas de automóvel, com o objetivo de proteger a integridade física deles. O direito fundamental restringido em tal hipótese seria

a autodeterminação ou o direito à liberdade de escolha. Realizando o exame da necessidade, devemos indagar se o capacete é um meio abstratamente eficaz para o fim de proteger a integridade física dos motoristas. Novamente, creio que sim. Logo, tal medida seria adequada. Passando para o exame pelo subprincípio da necessidade, devemos perguntar se existiria outra medida, menos gravosa, para conseguir o mesmo objetivo. Como sabemos, o cinto de segurança é um meio mais eficaz do que o capacete para manter a integridade física dos motoristas de automóveis. Assim sendo, tal medida seria tida como desnecessária e, logo, desproporcional.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Em outros termos, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. Nas palavras de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que “quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”.³⁵

A aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em 3 (três) fases. Primeiro deve ser determinada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não satisfação do direito atingido. Depois deve-se averiguar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das 2 (duas) fases anteriores, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Assim sendo, uma medida não passa neste teste se os motivos que fundamentarem a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

Vista a estrutura da proporcionalidade, é possível compreender a razão pela qual Alexy defende a sua obrigatória conexão com sua teoria

35 ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Op. cit. p. 136.

dos princípios. Conforme já visto, o jurista alemão defende que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas jurídicas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Conjugando tal conceito com a estrutura do princípio da proporcionalidade, podemos concluir que os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se ao exame das possibilidades fáticas de realização de determinado princípio, enquanto o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se ao exame das possibilidades jurídicas da concretização do mesmo princípio.

Mas, afinal, qual é o fundamento da proporcionalidade?

O Poder Judiciário, quando muito, fundamenta que o princípio da proporcionalidade é extraído do artigo 5º, LIV, da Carta Magna, ou seja, do chamado devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*)³⁶.

Boa parte da doutrina pátria, bem como a doutrina e as decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha, entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no princípio do Estado de Direito. Tal entendimento, porém, não pode prevalecer, uma vez que diversos países desenvolvidos, onde inegavelmente já existia um Estado de Direito, não utilizavam ou não se utilizam da regra da proporcionalidade, como Inglaterra e Estados Unidos³⁷.

Segundo Vírgilio Afonso da Silva, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais

36 A decisão da medida cautelar proferida na ADIN 1407-2 (DJ 24/11/2000), de relatoria do Ministro Celso de Mello, é um exemplo de tal entendimento: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)”.

37 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Op. cit. p. 42-46. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Op. cit. p. 28.

não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais”³⁸.

Com efeito, considerando-se que a maioria dos direitos fundamentais é configurada como princípio, ou seja, norma que obriga que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso (mandamentos de otimização), conclui-se que o princípio da proporcionalidade é exatamente a forma de efetuar o controle desse dever de otimização no caso concreto.

Assim sendo, concluímos também que a regra da proporcionalidade é sempre cabível na hipótese de colisão entre direitos fundamentais previstos em forma de princípios, porém nunca quando tais direitos forem estruturados na forma de regras.

5. Críticas à racionalidade da ponderação

Analisado o conteúdo da técnica da ponderação defendida por Robert Alexy, importante expor as críticas à sua utilização como forma de solução de colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios.

Sergio Nojiri, com base nas críticas do jurista espanhol Juan Antonio García Amado, sustenta que “a chamada ponderação não é mais que uma valoração, que pode ser tão aceitável ou inaceitável como seu oposto, pois não goza de uma vantagem epistêmica, mas apenas prática: ela é somente a valoração preferida pelo Tribunal”³⁹.

Carlos Bernal Pulido⁴⁰, por sua vez, elenca 3 (três) críticas doutrinárias ao uso da ponderação:

1) Indeterminação da ponderação: não existem critérios jurídicos que garantam a objetividade da ponderação, que sejam vinculantes ao juiz. Logo, a ponderação seria mero subjetivismo do juiz;

38 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Op. cit. p. 45.

39 NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 285.

40 PULIDO, Carlos Bernal. *La racionalidad de la ponderación*. In: “El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional”. Miguel Carbonell (Coordenador). Universidad Externado de Colombia. p. 51-55.

2) Incomensurabilidade (impossibilidade de medição) da ponderação: não é possível comparar duas coisas que, devido a suas diferenças radicais, não são comparáveis. Tal crítica advém do fato de que em uma sociedade pluralista não pode existir hierarquia entre princípios, o que refletiria em uma predefinição de uma hierarquia entre os valores existentes na sociedade;

3) Impossibilidade de prever os resultados da ponderação: a ponderação sacrifica a segurança jurídica, uma vez que todos os resultados da ponderação são particulares, dependendo de circunstâncias de cada caso e não de critérios gerais.

Respondendo a tais críticas, o mesmo Carlos Bernal Pulid⁴¹ sustenta, primeiramente, que toda busca de hiper-racionalidade também é irracional. Ademais, a subsunção, bem como a ponderação, não fica a salvo de subjetivismos do juiz, já que também depende da interpretação da norma. No entanto, ninguém diz que a subsunção é irracional.

Com efeito, a objetividade é um ideal inalcançável em qualquer ordenamento jurídico, principalmente em relação a princípios. Ademais, a indeterminação inerente aos princípios é fundamental na manutenção do texto normativo e na evolução de sua concretização de acordo com o momento político, social e jurídico vivido, evitando a necessidade de constantes reformas constitucionais.

Uma interpretação racional a respeito da colisão entre direitos fundamentais deve possuir termos claros e consistentes, além de premissas completas, observando as regras da lógica, da argumentação e da coerência. Dessa forma, ainda que não acreditemos que seja possível assegurar que a utilização da técnica da ponderação conduzirá sempre a uma mesma resposta, é certo que a demonstração da aplicação completa do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios servem para justificar a posição tomada pelo intérprete, o que já torna a sua aplicação recomendável. Com efeito, é salutar que tal expediente seja sempre adotado pelo Poder Judiciário, como forma de possibilitar o controle social das suas decisões, legitimando-as.

41 *Idem. Ibidem.* p. 56-62.

Nas palavras de Carlos Bernal Pulido,

A ponderação representa um procedimento claro, até mesmo a respeito dos seus próprios limites. Se ela não pode reduzir a subjetividade do intérprete, nela se pode fixar qual é o espaço onde se encontra essa subjetividade, qual é a margem para as valorações do juiz e como estas valorações constituem também um elemento para fundamentar as decisões. A ponderação é regida por certas regras que admitem uma aplicação racional, mas que de modo algum podem reduzir a influência da subjetividade do juiz na decisão e sua fundamentação.⁴²

Assim sendo, podemos concluir que a ponderação pode ser tanto racional quanto irracional. Na ponderação racional a fundamentação deve expor todos os argumentos a favor e contra a medida tomada, explicitando as razões pelas quais não foram adotados os argumentos contra a interpretação tomada. Por outro lado, a ponderação será irracional quando realizada exclusivamente com base nas convicções do intérprete, sem a demonstração completa do raciocínio jurídico aplicado ao caso concreto, servindo apenas como tentativa de fundamentação ou legitimação da decisão tomada.

6. Conclusão

Conforme demonstrado, o grande número de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal faz com que eles entrem constantemente em colisão, exigindo-se do aplicador do direito a escolha de qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Ocorre que, por mais que a doutrina desenvolva teorias a respeito da solução para as colisões entre direitos fundamentais, é certo que todo texto constitucional ou legal deve ser interpretado antes de ser aplicado, extraíndo-se dele diferentes normas, de forma que sempre haverá a possibilidade da existência de decisões diferentes a respeito de uma mesma situação.

42 PULIDO, Carlos Bernal. *Estructura y límites de la ponderación*. In: “Doxa: Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003). Universidad del Alicante. p. 29. Traduzido para a língua portuguesa.

Sendo assim, procurou-se demonstrar no presente artigo a importância da teoria de Robert Alexy para a solução da colisão entre direitos fundamentais, sem a pretensão de esgotar a matéria e sem a pretensão de demonstrar que tal teoria é a única maneira de tratar do assunto.

Com efeito, a grande valia da aplicação da ponderação e do princípio da proporcionalidade, como forma de solucionar conflitos entre direitos fundamentais estruturados como princípios, é conferir alguma racionalidade à escolha de qual direito deve prevalecer no caso concreto, sem que tal escolha seja feita de forma arbitrária ou de acordo exclusivamente com o interesse do julgador.

Considerando que vivemos numa sociedade democrática e pluralista, não podemos esperar que todos aplicadores do direito interpretem um conflito de direitos fundamentais sempre da mesma maneira, mas podemos exigir, pelo menos, que eles demonstrem o seu raciocínio, de forma a dar transparência e possibilitar que haja posterior avaliação e controle por parte de toda sociedade e dos Poderes constituídos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

_____. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/robert-alexey-direitos-fundamentais-balanceamento-e-racionalidadepdf.html>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/

DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf >. Acesso em: 09 de julho de 2016.

_____. *NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 10 de julho de 2016.

BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos n.º 102, 2011. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102_055082.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 52, 1999. Disponível em: <http://www.http://download.rj.gov.br/documentos/10112/813727/DLFE-47868.pdf/Revista52Doutrina_pg_36_a_65.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Grau, Eros Roberto / Guerra Filho, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997.

NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positista*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988. - Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *La racionalidad de la ponderación*. In: “El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional”. Miguel Carbonell (Coordenador). Universidad Externado de Colombia.

_____. *Estructura y límites de la ponderación*. In: “Doxa: Cuadernos del Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003). Universidad del Alicante.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I, 2003. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

Contribuição da advocacia pública para o sistema brasileiro de justiça por meio do regime de precedentes obrigatórios

Pedro Fabris de Oliveira¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Uma *proposta* de sistema de precedentes e um *projeto* para a Justiça Civil brasileira: a precisa definição das funções dos tribunais como pressuposto para o funcionamento eficiente do sistema de justiça; 3 – O sistema brasileiro de precedentes; 4 – A importância da correta assimilação do modelo brasileiro de precedentes e de julgamento de casos repetitivos pelos entes públicos e os instrumentos processuais disponíveis para o advogado público; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015,² em substituição àquele veiculado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973), deu continuidade a um processo já iniciado no sistema jurídico brasileiro de conferir autoridade vinculante a determinadas decisões de tribunais – sobretudo os tribunais superiores – e a alguns enunciados de súmula.

1 Procurador do Estado de São Paulo.

2 E alterado pela Lei nº 13.256/2016 – que modifica regras sobre o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, ação rescisória, reclamação, embargos de divergência e agravo em recursos especial e extraordinário – antes mesmo de entrar em vigor.

O modelo criado pela nova codificação ampliou as hipóteses de precedentes vinculantes, bem como incrementou os instrumentos processuais disponíveis às partes para fazer respeitar um precedente obrigatório. Houve, pois, uma evolução no sistema brasileiro para garantir a observância dos precedentes firmados pelos tribunais, sobretudo os tribunais superiores.

Apesar do grande passo evolutivo em busca de um modelo de *stare decisis* – no qual a estabilidade e a previsibilidade do direito são garantidas pelo respeito aos precedentes –, o CPC/2015 criou um regime que ainda apresenta distorções e dubiedades incompatíveis com um sistema que pretende garantir isonomia e segurança jurídica.

O presente texto tem três objetivos principais, destrinchados nos três tópicos subsequentes: (I) apresentar uma proposta de sistema de precedentes fundada na precisa definição das funções que os tribunais devem exercer em um sistema de justiça, diferenciando as Cortes Supremas dos Tribunais de Apelação (Cortes Superiores) para demonstrar que eles possuem papéis distintos na distribuição da justiça; (II) analisar o sistema de precedentes existente no Brasil, a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes, sobretudo o CPC/2015; (III) demonstrar que a alteração promovida pela nova codificação processual no regime brasileiro de precedentes conferiu novos instrumentos processuais para as partes e para os magistrados, transformando a forma de litigar. Demonstrar, ainda, como essa transformação afetou a forma de litigar dos entes públicos, impondo à advocacia pública a incumbência de bem compreender o novo sistema para garantir a representação judicial adequada da Fazenda Pública. Analisar, por fim, os novos desafios da advocacia pública à luz do sistema de precedentes criado pelo CPC/2015, demonstrando que a correta aplicação do novo modelo é indispensável tanto para a defesa eficiente dos entes públicos quanto para o bom funcionamento do sistema brasileiro de justiça.

2. Uma proposta de sistema de precedentes e um projeto para a Justiça Civil brasileira: a precisa definição das funções dos tribunais como pressuposto para o funcionamento eficiente do sistema de justiça

O CPC/2015, no artigo 927, ampliou e sistematizou as hipóteses de precedentes obrigatórios no peculiar sistema brasileiro de precedentes.

Assim, aprofundou o processo de aproximação entre o modelo brasileiro do *civil law* e o modelo do *common law*³, consolidando no Brasil a ideia de necessidade de respeito às decisões dos tribunais superiores para conferir estabilidade e previsibilidade ao direito (*stare decisis*).

A consagração normativa feita pelo CPC/2015 é a aplicação legal da evolução da própria teoria do direito – mais especificamente da teoria da interpretação (que passou a diferenciar texto e norma) – e do papel que o Poder Judiciário assumiu no Estado Constitucional de Direito. Com efeito, ficou superada a ideia de que o Poder Judiciário tem como função tão somente a resolução de conflitos e passou a ser reconhecida a sua função de desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas⁴.

Em outras palavras, ganhou destaque a noção de que a decisão judicial expressa um duplo discurso: a prolação de uma decisão justa para as partes no processo (dimensão particular da tutela dos direitos) e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo visando a conferir unidade ao direito. “*É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social.*”⁵

3 Com a globalização e o conseqüente incremento da comunicação entre os doutrinadores e as cortes de diferentes países, passou a ser percebida uma maior influência e aproximação entre os direitos dos países. Tal fenômeno já foi denominado de transconstitucionalismo, cross-constitucionalismo, transjudicialismo e mundialização do direito. Nesse contexto, observa-se também uma aproximação recíproca entre os modelos *civil law* (que tem como principal fonte do direito a legislação) e *common law* (no qual há maior valorização dos precedentes, e a legislação é considerada fonte secundária e tem aplicação literal e restritiva). Enquanto países do *civil law* passam por uma valorização dos precedentes, países do *common law* estão aumentando a utilização da legislação. (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 145-147; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015).

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290.

5 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

A doutrina tem analisado a inovação legislativa de diversas formas. Ora para dizer que a vinculação aos precedentes prevista por lei ordinária é inconstitucional⁶; ora para criticar a heterogeneidade das hipóteses de precedentes obrigatórios previstas no artigo 927 do CPC/2015⁷. Há, ainda, quem reconheça a constitucionalidade do dispositivo legal, bem como a utilidade e a peculiaridade do modelo de precedentes obrigatórios existente no Brasil⁸.

A crítica formulada por Luiz Guilherme Marinoni ao sistema de vinculação de decisões judiciais instituído pelo CPC/2015 decorre, sobretudo, do modelo que o autor apresenta como ideal para um regime de precedentes, *fundamentado na definição precisa das diferentes funções que os tribunais devem exercer no sistema de justiça brasileiro*.

Segundo o autor, os tribunais de apelação (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal) têm como função “[...] *revisar a ‘justiça’ das sentenças de primeiro grau sem qualquer restrição. [...] a função dos tribunais é resolver litígios, e não atribuir sentido ao direito*”. São, portanto, tribunais de correção, de controle, de jurisprudência.

Por outro lado, as Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) possuem a função de outorgar sentido e unidade ao direito; ou seja, produzem precedentes com a expectativa de que haja “[...] *aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme as necessidades da vida das pessoas*”. São, portanto, tribunais de interpretação, de precedentes.^{9 10}

6 Entendimento manifestado por Nelson Nery Jr. acerca da inconstitucionalidade do artigo 927 do CPC/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso às 22:25 horas do dia 24 de maio de 2016. No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 222.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285.

8 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016 e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 290 e 291.

10 Com ideia aproximada, apontando a relevância da definição precisa das funções das Cortes

As críticas formuladas por Daniel Mitidiero e por Luiz Guilherme Marinoni, bem como o modelo por eles proposto de definição precisa das funções das Cortes Supremas e dos Tribunais de Apelação (Cortes Superiores) como pressuposto para um sistema racional de precedentes, são irrefutáveis. Contudo, o modelo normativo existente no Brasil é diferente. As funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem traços de tribunais revisores e também de tribunais que formam precedentes. Ou seja, o Brasil não adota o modelo puro e de limites precisos separando as funções de Cortes Superiores (Tribunais de Apelação) e de Cortes Supremas.

A adoção de um modelo como o proposto pelos autores acima mencionados demandaria alteração na competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – como, por exemplo, um filtro maior para a análise de recursos e a supressão de competências relacionadas à mera correção de decisões de instâncias inferiores – e, por conseguinte, demandaria reforma na Constituição da República. Ou seja, trata-se de um “*projeto para a Justiça Civil*”¹¹ brasileira.

Embora o sistema de precedentes acima resumido não seja o modelo normativo vigente no Brasil, os pressupostos teóricos utilizados para fundamentá-lo são indispensáveis para a correta compreensão do modelo brasileiro. Outrossim, o modelo proposto pode servir como parâmetro para a evolução do nosso sistema, tendo em vista que o regime de precedentes no Brasil está em processo evolutivo e a importação de premissas teóricas já desenvolvidas no direito estrangeiro é importante para o desenvolvimento de um modelo racional e sem deturpações, ainda que peculiar.

3. O sistema brasileiro de precedentes

Ainda que o sistema brasileiro de *stare decisis* seja imperfeito – o que é próprio de um modelo novo e em evolução –, ele precisa garantir o mínimo

para um funcionamento racional de um sistema de justiça: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

11 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

para que possa ser legitimamente chamado de sistema de precedentes. Ou seja, ele deve servir para garantir o binômio igualdade e segurança jurídica – pedras de toque de um modelo de precedentes¹² – de forma mais racional e eficiente do que o modelo de processo civil proposto pelo código revogado.

Com efeito, “[...] *chegou-se à conclusão de que ou a interpretação dada ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça era encarada como algo dotado de normatividade ou então o princípio da igualdade se esfumaça em uma abstração irritante em um sistema indiferente à imensa maioria de casos concretos idênticos ou semelhantes cotidianamente julgados de maneira diferente*”.¹³

Desse modo, o modelo proposto pela nova codificação é um passo evolutivo relevante na criação de um regime de precedentes adequado no Brasil e aproximou o processo civil pátrio da sua função no Estado Constitucional que é a de promover a tutela dos direitos: *seja resolvendo casos concretos, seja possibilitando a unidade do direito com a formação de precedentes*.

O núcleo do regime de precedentes criado pelo CPC/2015 são os artigos 926 a 928.

O artigo 926¹⁴ dispõe sobre o dever dos tribunais de “*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Enuncia, ainda, uma possível forma de uniformização, mediante a edição de “*enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante*” que deverão estar adstritas às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação¹⁵.

12 Enunciado n° 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

13 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015.

14 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.

15 Enunciado n° 166 do FPPC. A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.

Mais relevante do que definir cada um dos termos enunciados no artigo é compreender a ideia que eles expressam. O dispositivo legal impõe aos tribunais a exigência de solucionar as divergências internas, bem como de respeitar as próprias decisões (*stare decisis* horizontal).

O respeito às próprias decisões, todavia, não impede de forma absoluta a superação do precedente (*overruling*), essencial para a evolução do direito. Mas é preciso compreender que a superação em um sistema de precedentes não pode ser feita por qualquer órgão judicial, nem pode ser considerada uma decisão judicial rotineira. Ela deve observar algumas premissas, como o dever de autorreferência, a imposição de fundamentação adequada e específica e o ônus de superar o princípio da inércia argumentativa. Tais exigências impedem que a superação seja uma prática corriqueira exercida ilimitadamente e, por conseguinte, conferem estabilidade às decisões das cortes.

O dever de autorreferência consiste na imposição de que os tribunais dialoguem com os precedentes anteriores, seja para distingui-los do caso sob julgamento, seja para superá-los. Mas não se pode simplesmente ignorar um precedente existente. Não se admite, pois, no ordenamento brasileiro, a superação tácita ou implícita (*implied overruling*), pois haveria ofensa aos artigos 489, §1º, VI¹⁶; 926 e 927, §4º¹⁷ do CPC/2015, que exigem que os tribunais respeitem as próprias decisões e, em caso de superação, que o façam com fundamentação adequada e específica.

Já o princípio da inércia argumentativa consiste no ônus argumentativo maior imposto à parte que litiga contra precedente vigente, bem como ao tribunal que proponha a sua superação. Quem pretende litigar contra ou superar um precedente precisa demonstrar, por exemplo, a existência de um fundamento ainda não apreciado judicialmente, o

16 Artigo 489, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

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.

17 Artigo 927, §4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

evidente equívoco da decisão contrária ou que o precedente vigente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica¹⁸. Por outro lado, o princípio da inércia argumentativa facilita a argumentação daqueles que litigam ou decidem em consonância com o precedente vigente, cabendo à parte e ao órgão julgador tão somente a demonstração de que o caso sob julgamento se assemelha ao precedente paradigma (correlação fática e jurídica).^{19 20}

Os precedentes podem ter eficácia persuasiva ou vinculante (obrigatória)²¹. A eficácia persuasiva é a eficácia mínima de todo precedente e consiste na influência que uma decisão anterior tem para que um julgador decida da mesma maneira em um caso semelhante, conquanto não tenha qualquer obrigação formal de seguir a decisão originária. A transformação trazida pelo CPC/2015 foi a enumeração, no artigo 927, de um rol de precedentes vinculantes que obrigarão juízes e tribunais. Ademais, a nova codificação previu instrumentos processuais para que a parte faça prevalecer o precedente obrigatório, caso algum órgão jurisdicional desrespeite a vinculação imposta. Tais instrumentos serão objeto do próximo tópico.

18 Enunciado nº 322 do FPPC. A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

19 Enunciado nº 524 do FPPC. O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

20 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 202.

21 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira identificam outros efeitos dos precedentes como: (I) eficácia de obstar a revisão de decisões (artigos 332, 496, §4º, 932, IV e 1040, I do CPC); (II) eficácia autorizante para admissão ou acolhimento de ato postulatório (artigos 311, II, 932, V e 1035, §3º do CPC); (III) eficácia rescindente ou deseficazante para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado (artigos 525, §§ 12, 13, 14 e 15, 535, §§ 5º, 6º e 7º e 966, V do CPC); (IV) eficácia de permitir a revisão de coisa julgada referente à relação jurídica sucessiva (artigo 505, I do CPC). O aprofundamento de alguns dos referidos efeitos será objeto do tópico seguinte deste artigo. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454 – 461).

Uma observação adicional é necessária antes da análise do artigo 927. Quando se fala em precedente obrigatório, significa dizer que a tese jurídica adotada na fundamentação da decisão paradigma deverá ser observada em casos posteriores pelos órgãos jurisdicionais submetidos ao precedente. Ou seja, o órgão jurisdicional deverá reproduzir na sua decisão a tese jurídica fixada na decisão paradigma. Essa tese jurídica – fixada na fundamentação da decisão paradigma – recebe o nome de fundamento determinante, razão de decidir ou *ratio decidendi*.

O artigo 927 do CPC/2015 enumerou os precedentes obrigatórios do direito brasileiro^{22 23}: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.²⁴

Como já mencionado, a vinculação do precedente decorre do fundamento determinante (ou *ratio decidendi*) da decisão paradigma. Portanto, é necessário perceber que a previsão de que as decisões do

22 Enunciado nº 170 do FPPC. As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

23 Há discussão na doutrina sobre a taxatividade ou não do rol previsto no artigo 927. Para defender que o rol apenas enumera *alguns precedentes obrigatórios*, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que a obrigatoriedade de observância dos precedentes formados no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal decorre das normas constitucionais que delineiam a função que tais cortes exercem no sistema brasileiro de justiça. Assevera, pois, que “os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida [...] A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288, 298 e 299).

24 Luiz Guilherme Marinoni, com base numa análise mais técnica e teleológica de um sistema de precedentes, critica a falta de homogeneidade das hipóteses previstas no artigo 927 do CPC/2015, bem como a falta de menção a precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285).

Supremo Tribunal Federal – STF em controle concentrado de constitucionalidade formam precedentes obrigatórios precisa ser compreendida no sentido de que o fundamento determinante das referidas decisões deve ser observado pelos demais juízes e tribunais.

Não se deve confundir a previsão do CPC/2015 com a eficácia *erga omnes* da coisa julgada das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, pois o dispositivo mencionado trata de precedentes obrigatórios e não de autoridade da coisa julgada.

Em resumo, não se pode confundir o efeito vinculante do precedente (decorrente da *ratio decidendi* fixada, com fundamento no artigo 927 do CPC/2015) com o efeito vinculante atribuído por lei às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (decorrente da coisa julgada *erga omnes*, com fundamento nos artigos 102, §2º da CF/1988, 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e 10, §3º da Lei nº 9.882/99).²⁵

Um exemplo demonstra a relevância prática da distinção. Se uma lei estadual X for declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, tal decisão vinculará *como decorrência da autoridade da coisa julgada da decisão do STF*. Se houver em outro Estado a lei estadual Y de teor semelhante ao daquela lei estadual X (declarada inconstitucional), *a ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade da lei estadual X se aplicará à lei estadual Y, *como efeito vinculante dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (artigo 927, inciso I, do CPC/2015). Ou seja, a lei estadual X não mais poderá ser aplicada em virtude do efeito vinculante da autoridade da coisa julgada da decisão do STF (respeito ao dispositivo da decisão); ao passo que a lei estadual Y não mais poderá ser aplicada em virtude do efeito vinculante da *ratio decidendi* do precedente firmado (respeito aos fundamentos determinantes enunciados na fundamentação da decisão).²⁶

25 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 285, 304 e 305; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 464.

26 O exemplo é uma adaptação dos exemplos dados nos seguintes livros: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista

O exemplo serve para ilustrar bem as vantagens de um sistema de precedentes bem aplicado. *Confere unidade e racionalidade ao direito*: se as leis estaduais são idênticas, não é necessário que o STF se manifeste duas vezes para declarar essa inconstitucionalidade; *garante isonomia*: a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual X pelo STF garante a um só tempo que os cidadãos de todos os Estados que possuam leis idênticas fiquem submetidos à mesma situação jurídica (uns em decorrência do efeito vinculante da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade, outros em decorrência do efeito vinculante da *ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade); *garante segurança jurídica*: não é mais necessário aguardar o julgamento de tantas ações diretas quantas forem as leis estaduais idênticas, eis que uma única decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade já produz efeitos vinculantes para todos os Estados da federação que possuam leis estaduais idênticas (ora decorrente da autoridade da coisa julgada, ora decorrente do fundamento determinante da decisão do STF).

O artigo 927 também enumerou os enunciados de súmula vinculante e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional como de observância obrigatória por juízes e tribunais. Vale lembrar que os enunciados de súmula vinculante editados pelo STF já possuem efeito vinculante por força de disposição constitucional, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, nos termos do artigo 103-A da CF/1988 e da Lei nº 11.417/2006. Ademais, os enunciados de súmula vinculante obrigam não só os juízes e tribunais, mas também a administração pública.²⁷

dos Tribunais, 2016, p. 285; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 464.

27 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses

Parte da doutrina critica a utilização dos enunciados de súmula em um modelo de precedentes obrigatórios com o argumento de que servem tão somente para enunciar uma tese de direito, ao passo que os fundamentos determinantes de um precedente trazem “[...] *não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática*”.²⁸

Contudo, como a proposta do presente artigo é fornecer subsídios teóricos e práticos para uma atuação racional da advocacia pública em prol do sistema brasileiro de justiça *a partir do modelo normativo vigente*, duas observações são necessárias.

Primeiramente, impende mencionar que os enunciados de súmula consistem na compilação dos fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao verbete. Ou seja, enunciam de forma direta a *ratio decidendi* dos precedentes que lhes dão sustentação.

A segunda observação – decorrente da primeira – está relacionada ao modo de formação e aplicação dos enunciados de súmula. Tais enunciados são originados de precedentes. Portanto, tanto a sua formulação quanto a sua aplicação devem observar os precedentes originários. Consta do artigo 926, §2º, do CPC/2015 que “*ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. Nesse sentido, o enunciado nº 166 do FPPC: “*a aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente*”. O descolamento dos enunciados de súmula dos precedentes que os originaram afasta esse instrumento do sistema de precedentes,

e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

28 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 286-287.

no qual há sempre apego às circunstâncias fático-jurídicas das decisões judiciais que originam precedentes.

O inciso III do artigo 927 do CPC/2015 trata também como precedentes vinculantes os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos²⁹. Em complemento, o artigo 928 dispõe que se considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Há duas informações relevantes contidas na conjugação dos referidos dispositivos legais que, embora interligadas, precisam ser destrinchadas para que se compreenda o modelo estipulado pelo CPC/2015.

A primeira delas se refere ao fato de que as decisões proferidas em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos têm aptidão para formar precedente obrigatório. Trata-se, todavia, de um tipo específico de precedente, já que a sua formação é feita de forma concentrada.

Tradicionalmente, a ideia de precedente está vinculada à decisão sobre um caso concreto. Dessa decisão é extraída uma razão de decidir universalizável, aplicada pelo juiz do caso seguinte³⁰. O CPC/2015, contudo, além de enumerar de antemão o que poderá ser tido como

29 Para Luiz Guilherme Marinoni há diferença entre os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e a técnica dos recursos extraordinário e especial repetitivos em relação ao sistema de precedentes. Enquanto aqueles são meios de resolução de casos de massa ou de questões múltipla; este tem como escopo atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais, agregando conteúdo à ordem jurídica e, por conseguinte, orientando a sociedade e os juízes e tribunais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 285-286).

30 Eis a dinâmica do precedente nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*: “[...] quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte [...]. No direito processual civil brasileiro a situação é diferente. É que a lei já estipula, com antecedência, quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. [...] Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado ‘para ser precedente vinculante’. Pode-se mesmo dizer que tais pronunciamentos são ‘precedentes de propósito’.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 347).

precedente vinculante, criou uma modalidade própria de formação de precedente – a formação concentrada de precedente.

A formação concentrada de precedente é feita a partir de um incidente ou de um procedimento que não se destina diretamente à solução do caso concreto, mas à fixação da tese jurídica. Há a afetação de uma questão jurídica para que, mediante o referido incidente/procedimento, o órgão competente delibere sobre ela, formando o precedente obrigatório.

A análise fática – é preciso lembrar que a formação de precedente está sempre atrelada às circunstâncias fáticas do caso – também apresenta peculiaridade: em vez de se analisar propriamente os fatos de um caso concreto, há uma delimitação fática sobre a qual incidirá a questão jurídica decidida. A diferença é que em vez de haver extração da base fática a partir de um caso concreto, a própria decisão do incidente/procedimento delimita uma categoria fática sobre a qual está sendo decidida a questão jurídica. É por isso que Sofia Temer fala que há, nesse tipo de decisão, abstração e concretude.³¹

Esse modelo de formação de precedente é reproduzido em alguns incidentes e procedimentos previstos no CPC/2015: procedimento de criação de súmula vinculante, incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, incidente de assunção de competência e julgamento de casos repetitivos³². As normas de tais instrumentos processuais que se referem à formação concentrada de precedentes formam o *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*³³.

31 Sofia Temer tratou da questão especificamente para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, mas a lógica aplica-se a todo o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 200 – 207).

32 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 229.

33 No peculiar sistema brasileiro de precedentes é possível a formação de precedente de forma difusa e concentrada. Fala-se em formação concentrada de precedente quando há previsão de incidente processual próprio para a elaboração da tese jurídica, com natureza de processo objetivo. Neste, isola-se a questão de direito a ser decidida, observando-se um procedimento específico para o julgamento. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 465-466).

Tal microsistema é composto por normas que se comunicam entre si. Eventuais omissões legais existentes em determinado instituto podem ser supridas por normas *compatíveis* previstas para outro instrumento processual que compõe o microsistema. E é possível observar certa homogeneidade nas normas que regulam a formação concentrada de precedentes obrigatórios no CPC/2015. O núcleo do microsistema é caracterizado pela ampliação da participação e da cognição (artigos 138; 927, § 2º; 950, §3º; 983; 1.038, I e II), pela fundamentação reforçada (artigos 984, §2º; 1.038, §3º) e pela divulgação e publicidade ampliadas (artigo 979).³⁴

Em resumo, é essencial saber que parte das normas que regulam o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos se referem à formação de precedentes obrigatórios. Mas não é essa a única função que tais instrumentos processuais exercem no ordenamento brasileiro.

A segunda informação relevante para a compreensão do modelo do CPC/2015 é que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos têm natureza híbrida. Tais instrumentos se destinam também à gestão e ao julgamento dos casos repetitivos (função que não se confunde com a de formação concentrada de precedentes obrigatórios).

Compõem, portanto, também o *microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*, cujas normas centrais tratam da suspensão dos processos em que a questão a ser decidida se repete (artigos 982 e 1.036, §1º); do exercício do direito à distinção e consequente revogação da suspensão indevida (artigo 1.037, §§ 8º a 13); do estímulo à desistência do processo antes de proferida a sentença, caso a tese fixada seja contrária à pretensão autoral (artigo 1.040, §§ 1º a 3º); da comunicação ao órgão, ente ou agência reguladora da tese fixada, caso a questão decidida se relacione com a prestação de serviço objeto de concessão, permissão ou autorização (artigos 985, § 2º, e 1.040, IV); da desistência ou do abandono

34 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.229.

da causa afetada para julgamento (artigo 976, §1º); da competência para concessão da tutela de urgência durante a suspensão dos processos (artigos 982, §2º, e 1.029, § 5º, III); e da incorporação da tese fixada ao julgamento dos processos pendentes (artigos 985, I, e 1.040, I e III).³⁵

Ou seja, há normas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos relacionadas ao regime brasileiro de precedentes judiciais, e outras relacionadas ao sistema brasileiro de gestão e julgamento de casos repetitivos.

É imprescindível diferenciar as duas técnicas normatizadas pelo CPC/2015 e os dois microsistemas destacados pela doutrina – criação e aplicação de precedentes obrigatórios; gestão e julgamento de casos repetitivos – para que se entenda com clareza o modelo criado pela nova codificação.

Por fim, o artigo 927 prevê como precedente obrigatório a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais os julgadores estiverem vinculados. Há no dispositivo legal a previsão de uma vinculação interna, para os membros e órgãos fracionários de um tribunal, e outra externa, para os demais órgãos de instância inferior que estiverem submetidos àquele tribunal.

Esse é o regime de precedentes criado pelo CPC/2015 com o objetivo de racionalizar o sistema brasileiro de distribuição de justiça, conferindo previsibilidade, segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados. Trata-se de um modelo que confere força vinculante a determinadas decisões de tribunais, demonstrando que juízes e tribunais são órgãos que servem ao Poder Judiciário e ao sistema brasileiro de justiça.

4. A importância da correta assimilação do modelo brasileiro de precedentes e de julgamento de casos repetitivos pelos entes públicos e os instrumentos processuais disponíveis para o advogado público

Um modelo de precedentes bem aplicado é importante para toda a sociedade, na medida em que confere previsibilidade às decisões

35 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.222 - 228.

judiciais e isonomia entre as pessoas. No âmbito econômico, a previsibilidade é relevante para propiciar um ambiente de confiança a empresários e investidores, que poderão calcular os riscos do negócio de forma mais precisa. No âmbito social, a previsibilidade e a estabilidade são indispensáveis para que a sociedade sinta confiança no Poder Judiciário, bem como tenha conhecimento do direito que a regula. Com efeito, a isonomia propiciada por um modelo de precedentes aumenta a sensação de justiça. A estabilidade jurisprudencial é, inclusive, fator inibidor de demandas judiciais, pois, quando se tem um Judiciário estável e previsível, os custos de um processo judicial fadado ao insucesso passam a pesar na decisão de quem pretende litigar. Por outro lado, uma jurisprudência instável e imprevisível (“jurisprudência lotérica”) estimula a litigância, eis que a chance de vitória impulsiona a demanda.

São diversos os benefícios propiciados por um sistema de precedentes racional e efetivo. Todavia, o foco aqui é observar como tais benefícios impactam a Fazenda Pública e como o novo modelo altera a atuação da advocacia pública.

Primeiramente, é necessário destacar que a Fazenda Pública é litigante habitual e que muitas das suas demandas decorrem de relações jurídicas semelhantes. Considerando a natureza do vínculo jurídico que o Poder Público tem com os seus agentes públicos, bem como a característica da sua atuação em favor da coletividade, observa-se que as relações jurídicas dos entes públicos são marcadas por atividades reiteradas e que repercutem coletivamente. Por conseguinte, demandas judiciais decorrentes da atuação do Poder Público são marcadas pela repetitividade da questão a ser solucionada (litígios de massa).

Sendo assim, tanto o *microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios* quanto o *microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos* têm importante influência na atuação da Fazenda Pública em juízo. Como dito, os microssistemas não se confundem, mas estão interligados na medida em que a aplicação de precedentes obrigatórios tem maior impacto nas demandas repetitivas.

É incontestável que a atuação do Poder Público em juízo foi remodelada pelo sistema de precedentes vinculantes e de julgamento de casos repetitivos implantado pelo CPC/2015. Todavia, há também uma relação

de mão inversa: *a apreensão, efetiva utilização e correta aplicação pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas é fundamental para o sucesso do modelo, pois a Fazenda Pública é um grande litigante de massa.*

Sendo assim, será feita uma análise dos principais instrumentos previstos no CPC/2015 que poderão ser utilizados pela advocacia pública para formar e fazer valer precedentes obrigatórios e julgamentos repetitivos.

Inicialmente, merece destaque a reformulação e ampliação do julgamento de improcedência liminar do pedido, previsto no artigo 332 do CPC/2015³⁶, que passou a ficar adequado às hipóteses de precedentes obrigatórios. Embora não haja uma correspondência exata entre as hipóteses de precedentes obrigatórios e de julgamento de improcedência liminar, há uma aproximação notória.

Tal técnica serve para garantir o encurtamento do processo – uma das principais vantagens de ter um precedente favorável – fazendo valer de plano a tese sedimentada nos tribunais, seja em enunciado de súmula, seja em julgamento de caso repetitivo, seja em incidente de assunção de competência.

36 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Como decorrência desse dispositivo, duas condutas são esperadas do órgão de advocacia pública, a depender de o precedente ser ou não favorável ao ente público que ele representa. Caso o precedente lhe seja favorável, e o juiz não tenha julgado liminarmente improcedente o pedido quando deveria fazê-lo, cumpre ao advogado público, na contestação, noticiar a existência do precedente e requerer a sua observância. Conquanto não seja mais possível a improcedência liminar (que é feita antes da citação), é ainda possível o encurtamento do rito para fazer valer logo o precedente, com o julgamento conforme o estado do processo (extinção do processo, julgamento antecipado ou parcial do mérito, com fulcro nos artigos 354 a 356 do CPC/2015).

Caso o precedente lhe seja contrário, cumpre ao órgão de advocacia pública evitar uma improcedência liminar onerosa. Para tanto, deve deixar de ajuizar ação contra o precedente obrigatório³⁷, fixando orientação vinculante no âmbito administrativo para dispensar o ajuizamento de demandas referentes àquele objeto. Ademais, cabe ao órgão de advocacia pública sugerir alterações nas rotinas administrativas ou mesmo na legislação para que o ente público se adeque ao precedente.^{38 39}

Sempre que se fala em aceitação do precedente pelo órgão de advocacia pública é preciso afastar duas situações. Trata-se da possibilidade de demonstrar a distinção (*distinguishing*) ou a necessidade de superação

37 Caso o processo tenha sido ajuizado antes do julgamento do caso repetitivo que fixou a tese desfavorável ao ente público, é possível a utilização do regime do estímulo à desistência do processo antes de proferida a sentença. Caso a desistência ocorra antes de oferecida contestação, haverá isenção de custas e de honorários de sucumbência (artigo 1.040, §§ 1º a 3º).

38 Enunciado nº 26 do Fórum Nacional do Poder Público (FNPP). Cabe à Advocacia Pública orientar formalmente os órgãos da Administração sobre os pronunciamentos previstos no art. 927, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência.

39 Embora seja desejável a orientação feita pela advocacia pública para que os órgãos da administração pública internalizem os precedentes obrigatórios – até porque eles são fonte do direito –, cumpre observar que o artigo 927 do CPC é destinado a juízes e tribunais. Ou seja, a vinculação decorrente do artigo 927 não é para a administração pública. A vinculação da administração pública a pronunciamentos judiciais está prevista apenas para as decisões do STF em controle concentrado (artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988) e para os enunciados de súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal de 1988).

(*overruling*). Ambas as técnicas precisam ser compreendidas pelo advogado público para bem aplicar o regime de precedentes.⁴⁰

A distinção consiste na técnica de demonstração de que o caso sob julgamento possui diferenças relevantes que fazem não incidir o precedente vinculante já firmado. Ou seja, trata-se do direito que a parte tem de demonstrar que o caso sob julgamento e o caso julgado que deu origem ao precedente são distintos e, portanto, a tese fixada no julgamento paradigma não se aplica.⁴¹ Cabe à parte alegar a distinção, demonstrando quais as circunstâncias fáticas ou jurídicas afastam a aplicação do precedente. Por sua vez, cabe ao órgão julgador fundamentar o porquê de não estar aplicando o precedente, justificando quais as peculiaridades do caso concreto que o afastam do caso paradigma.⁴²

A possibilidade de demonstrar a necessidade de superação consiste na oportunidade conferida à parte para argumentar que o precedente deve ser modificado. Cabe à parte demonstrar equívoco na decisão paradigma, mediante fundamento novo não analisado na decisão que fixou o precedente; ou alteração do quadro fático econômico, político, cultural, social ou jurídico a ensejar a reanálise da tese fixada.⁴³ Trata-se, pois, de uma fundamentação específica que a parte terá de utilizar. O órgão julgador, por sua vez, terá uma carga de motivação maior para realizar a superação, tendo em vista a existência de precedente em sentido

40 Enunciado nº 23 do FNPP. A existência de pronunciamento elencado no art. 927 não impede que o órgão da Advocacia Pública oriente a continuidade da discussão judicial da tese até o esgotamento das instâncias ou para arguir superação ou distinção.

41 Enunciado nº 306 do FPPC. O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

42 Artigo 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

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;

- 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.

43 Enunciado nº 322 do FPPC. A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

contrário⁴⁴. A possibilidade de superação é essencial para a evolução do direito, mas só pode ser feita pela Corte que fixou o entendimento ou por Corte a ela superior⁴⁵. Por regra, a superação tem efeito retroativo, mas o Tribunal poderá modular os efeitos no interesse social ou da segurança jurídica.⁴⁶

Outro instrumento que pode ser utilizado pela advocacia pública e que está relacionado com o modelo de precedentes é a possibilidade de requerer tutela provisória da evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.^{47 48}

Como se sabe, a tutela provisória prevista no CPC/2015 pode ser de urgência ou da evidência, sendo que esta independe da demonstração de perigo de dano/ílicito ou de risco ao resultado útil do processo. Portanto, a previsão de concessão de tutela da evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante é mais um instrumento à disposição do advogado público para fazer valer, antes do fim do processo, precedente obrigatório.

Tal instrumento ganha maior relevância se conjugado com a previsão contida no artigo 1.012, § 1º, inciso V, do CPC/2015 que prevê que a apelação não terá efeito suspensivo – e, portanto, a sentença produzirá efeitos imediatamente após a sua publicação – quando for

44 Artigo 927, §4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

45 PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 198.

46 Artigo 927, §3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

47 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

48 Por outro lado, quando a tutela da evidência for pleiteada contra a Fazenda Pública, impende mencionar a conclusão indicada no enunciado nº 14 do FNPP: não é cabível concessão de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública nas hipóteses mencionadas no art. 1.059, CPC.

confirmada, concedida ou revogada a tutela provisória na sentença. Desse modo, embora por regra a apelação tenha efeito suspensivo, é possível retirar tal efeito e permitir a eficácia imediata da sentença quando for caso de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, mediante o requerimento e obtenção de tutela da evidência (artigo 311, inciso II, combinado com artigo 1.012, § 1º, inciso V, ambos do CPC/2015).

Outra forma de encurtamento do rito em decorrência da existência de precedente vinculante está prevista no artigo 932, incisos IV e V, e no artigo 955, parágrafo único, ambos do CPC/2015.⁴⁹ Trata-se da possibilidade de o relator no tribunal julgar monocraticamente recurso ou conflito de competência para aplicar súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; ou tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

49 Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Art. 955. Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em:

I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Também a reclamação foi reformulada pelo CPC/2015, que passou a regular integralmente a matéria no âmbito infraconstitucional nos artigos 988 a 993. A nova codificação revogou expressamente os artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, que tratavam da reclamação perante o STF e o STJ (artigo 1.072, IV, do CPC/2015).

As hipóteses de cabimento da reclamação foram ampliadas para adaptá-la ao regime de precedentes obrigatórios do CPC/2015. Todavia, impende observar que o cabimento ou não da reclamação não é determinante para a definição do precedente como vinculante.⁵⁰

As típicas hipóteses de cabimento da reclamação – preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões – foram mantidas, mas o cabimento foi ampliado para qualquer tribunal⁵¹. Outrossim, é possível utilizar a reclamação para: (I) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante (hipótese já prevista na Constituição Federal⁵²) e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (III) garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, *somente após esgotadas as instâncias ordinárias*.⁵³

50 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488 – 493.

O autor critica também a opção legislativa de permitir a utilização da reclamação para a correção na aplicação de determinados precedentes por não ser o modo adequado de desenvolvimento dos precedentes.

51 Artigo 988, § 1º. A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

52 Artigo 103-A. § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula (vinculante) aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

53 Enunciado nº 27 do FNPP. Cabe reclamação contra a decisão proferida no agravo interno interposto contra a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido que negar seguimento ao recurso especial ou extraordinário fundado na aplicação de entendimento firmado em repercussão geral ou recurso repetitivo para demonstração de distinção.

A ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação transformou este instrumento processual em um mecanismo extremamente útil para fazer valer a aplicação de precedentes obrigatórios, tendo em vista que possui rito célere (com prova pré-constituída, sem dilação probatória)⁵⁴ e que deve ser proposta diretamente perante o tribunal cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Contudo, se a decisão a ser preservada for acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, o cabimento da reclamação pressupõe o esgotamento das instâncias ordinárias (artigo 988, §5º, II, incluído pela Lei nº 13.256/2016). Impende destacar ainda que, conquanto não esteja previsto no artigo 927 como precedente obrigatório, o acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pode se fazer respeitado mediante o uso da reclamação, após esgotadas as instâncias ordinárias.

A mera existência de um precedente vinculante impõe a qualquer órgão julgador o dever de dialogar com ele, seja para aplicá-lo, seja para exercer a técnica da distinção, seja para superá-lo (caso o órgão tenha competência para tanto). Como decorrência dessa obrigação, o advogado público que possui precedente favorável ignorado pode utilizar os embargos de declaração para que veja suprida a omissão. Com efeito, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, I, do CPC/2015, “considera-se omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

A remessa necessária também sofreu alterações no CPC/2015⁵⁵. Não houve mudança nas hipóteses de cabimento em relação ao regime previsto no

54 Artigo 988, § 2º. A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

55 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

CPC/1973⁵⁶. As principais alterações foram nas hipóteses em que será dispensada a remessa necessária. As hipóteses de dispensa são previstas *em função do valor da condenação ou do proveito econômico envolvido na demanda e em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público*.⁵⁷

Com relação à *dispensa prevista em função do valor da condenação ou proveito econômico*, houve significativa ampliação da sua incidência.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

56 Art. 475, CPC/1973. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

57 Enunciado nº 18 do FNPP. A dispensa da remessa necessária prevista no art. 496, §§ 3º e 4º, CPC, depende de expressa referência na sentença.

Ou seja, no regime do CPC/2015 será bem mais rara a ocorrência da remessa necessária, pois o legislador optou por ampliar significativamente os valores da condenação acima dos quais haverá remessa necessária. Ademais, foram criadas faixas de valores de acordo com o ente público condenado.

Já com relação à *hipótese de dispensa de remessa necessária fixada em função da existência de orientações judiciais ou administrativas em conformidade com a decisão judicial desfavorável ao ente público*, houve adequação ao novo regime de precedentes e racionalidade vertical das decisões judiciais adotado pelo CPC/2015. As hipóteses de dispensa foram ampliadas e qualificadas.⁵⁸

Não haverá remessa necessária quando a sentença estiver fundada em: (I) súmula de tribunal superior; (II) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (III) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Mais uma vez, nota-se aproximação com o rol de precedentes obrigatórios previsto no artigo 927; e, mais uma vez, observa-se que não há identidade de hipóteses, o que reforça a crítica já ressaltada de que falta uniformidade no modelo para conferir efeitos idênticos aos precedentes vinculantes.

Vale destacar, também, a inclusão na nova codificação da hipótese que excepciona a remessa necessária caso a decisão judicial coincida com entendimento vinculante firmado no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Em última análise, a previsão legal é corolário da autonomia constitucional dos entes políticos. Ora, se o próprio ente já fixou internamente entendimento acerca da questão judicializada, e esse entendimento é idêntico ao adotado na decisão judicial, não há fundamento para manter o processo em andamento, eis que inexistente a lide.⁵⁹

58 OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

59 Enunciado nº 433 do FPPC. Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores.

Como dito, os efeitos decorrentes dos precedentes obrigatórios enunciados no artigo 927 não são uniformes. O precedente produzido pelo STF tem uma eficácia peculiar que merece destaque, chamada de eficácia rescindente ou deseficacizante. Trata-se da aptidão para *rescindir* ou *retirar a eficácia* de decisão judicial transitada em julgado⁶⁰.

Se o STF, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado na referida norma será inexigível, caso a decisão do STF seja anterior ao trânsito em julgado da decisão (artigos 525, §§ 12 a 14, e 535, §§ 5º a 7º, ambos do CPC/2015)⁶¹.

Caso a decisão do STF seja posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, será cabível ação rescisória para desconstituir o título executivo fundado na norma tida por inconstitucional pelo STF, em controle concentrado ou difuso (artigos 525, § 15, 535, § 8º, e 955, V, ambos do CPC/2015)⁶².

O artigo 966, §§ 5º e 6º (incluídos pela Lei nº 13.256/2016), prevê o cabimento de ação rescisória para desconstituir título executivo judicial fundado em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que deixou, indevidamente, de exercer a distinção (*distinguishing*) entre o caso sob julgamento e o precedente

60 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 459 – 460.

61 Artigo 535. [...]

§ 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo (inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação), considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º. No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

62 Artigo 535. [...]

§ 8º. Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

obrigatório⁶³. Trata-se, pois, de hipótese de rescisão de título executivo judicial decorrente da aplicação indevida de precedente.

Como vem sendo reiteradamente destacado, o regime de precedentes adotado pelo CPC/2015, se bem assimilado pela advocacia pública, trará racionalidade à forma de litigar dos entes públicos, bem como economia ao erário. Como dito, há também uma relação de mão inversa, já que a apreensão pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas será benéfica para o sistema brasileiro de justiça, tendo em vista que a Fazenda Pública é litigante de massa. Em contrapartida, se a Fazenda Pública insistir em litigar à moda antiga e ignorar as nuances do novo modelo, vai dar causa a aumento no valor das condenações sofridas e o erário será onerado pela incúria. Isso porque houve alteração também no custo do processo e no custo da sucumbência, ainda relacionados com o regime de precedentes.

Além do aumento do valor das multas por litigância de má-fé^{64 65} e por embargos de declaração manifestamente protelatórios⁶⁶, passaram a ser previstos honorários recursais cumulativos:

63 Artigo 966 [...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo (violação manifesta de norma jurídica), contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

64 Artigo 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

65 Enunciado nº 34 do FPPC. Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento.

66 Artigo 1.026. [...]

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não

“Art. 85, §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Certamente, além do aspecto de remuneração do advogado, o dispositivo legal tem o objetivo de inibir a interposição de recursos, tornando o processo mais oneroso. Essa compreensão é indispensável para que os entes públicos pensem estrategicamente a forma de litigar. Portanto, a interposição de recursos deve ser feita de forma estratégica – sobretudo quando houver precedente obrigatório em sentido contrário –, sob pena de o erário arcar com um incremento significativo no custo das condenações judiciais.^{67 68 69}

Outro aspecto de relevância prática para a atuação do advogado público consiste em conhecer a dinâmica dos precedentes nos julgamentos colegiados. Isso porque pode haver maioria ou mesmo unanimidade em relação ao resultado do recurso, mas não existir maioria quanto ao fundamento utilizado por cada julgador para chegar ao resultado⁷⁰.

excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

67 Enunciado nº 22 do FNPP. A existência de precedente formado em recurso especial ou extraordinário repetitivos ou de súmula do STF ou STJ, em matéria constitucional e infraconstitucional respectivamente, autoriza a não interposição de recurso pela Fazenda Pública ainda que não haja súmula administrativa ou orientação normativa expressa no âmbito do respectivo órgão da Advocacia Pública.

68 Enunciado nº 4 do FNPP. A majoração dos honorários de sucumbência, prevista no § 11 do art. 85 do CPC, não se aplica ao julgamento da remessa necessária.

69 OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

70 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 293.

Por exemplo, em um órgão colegiado composto por três julgadores é possível que um magistrado negue provimento ao recurso do autor reconhecendo a prescrição da pretensão, outro negue provimento por entender que o autor não tem direito subjetivo e outro dê provimento ao recurso. Nesse caso, há maioria com relação ao resultado, sem que haja maioria com relação ao fundamento.

Como dito, o precedente é formado a partir do fundamento determinante (*ratio decidendi*) de uma decisão judicial. Nos julgamentos colegiados – mesmo aqueles que se enquadram nas hipóteses enumeradas no artigo 927 – só haverá formação de precedente caso haja maioria com relação ao mesmo fundamento que sustenta o resultado do julgamento. Nesse sentido, o enunciado nº 317 do FPPC: “*o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado*”; e o enunciado nº 319 do FPPC: “*os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante*”.

Há, ainda, uma preocupação de ordem pragmática e econômica com relação à formação de precedentes vinculantes nas demandas que envolvem os entes públicos, pois a consolidação de um precedente obrigatório contrário ao interesse fazendário pode causar grande impacto econômico no erário.

Conquanto a preocupação seja relevante, ela não é fundamento para inibir a aplicação do regime de precedentes nas demandas que envolvem o Poder Público. Primeiramente, porque a Fazenda Pública é uma das principais destinatárias do modelo de precedentes, já que é litigante habitual e muitas das suas demandas decorrem de relações jurídicas semelhantes, características que permitem uma aplicação eficaz dos precedentes. Em segundo lugar, porque há, subjacente ao regime de precedentes, o interesse público primário de funcionamento racional da jurisdição que deve se sobrepôr ao interesse público secundário de natureza econômica dos entes públicos. Ademais, é preciso lembrar que o precedente obrigatório também pode ser favorável ao ente público, caso em que os benefícios para o erário também são de grande monta.

Há, por fim, uma questão mais profunda e que merece uma digressão. Existe uma falsa ideia de que apenas a formação do precedente obrigatório contrário ao ente público causa desfalque relevante ao erário. Contudo, as condenações esparsas e reiteradas referentes a uma mesma questão sofridas pelo ente público, ainda que sem a formação de precedente obrigatório, também oneram as despesas públicas. Mesmo na vigência do código revogado (CPC/1973), embora inexistente um regime de precedentes obrigatórios amplo, os tribunais consolidavam sua jurisprudência em determinado sentido. E, na prática, essa jurisprudência consolidada – muitas vezes sumulada – era aplicada na quase totalidade dos casos semelhantes, mesmo que não fosse vinculante.

Se não bastasse, a ausência de vinculação alonga a duração do processo de modo que as condenações ficam maiores, seja em virtude da incidência de juros e correção monetária por mais tempo, seja em razão do acúmulo de prestações que não são implantadas na folha de pagamento do servidor em virtude da ausência de trânsito em julgado (nas frequentes demandas que reconhecem vantagens a servidores públicos).

Outrossim, tais condenações eram esparsas e imprevisíveis, embora reiteradas. Tal característica dificultava a previsibilidade dos custos das condenações, com prejuízo para a previsão orçamentária. Já a formação de um precedente vinculante contrário ao ente público gera uma resposta inequívoca sobre a forma como o Poder Judiciário interpreta o direito com relação àquela questão. Se, por um lado, essa resposta ocasiona custo ao erário (não muito mais do que as condenações assistemáticas e reiteradas, conforme já mencionado), por outro, ela permite que a Fazenda Pública tenha maior previsibilidade sobre as despesas que terá decorrentes do pronunciamento judicial.

Esse fator de certeza confere mais poder de ação para o ente público, que poderá adotar administrativamente a interpretação feita pelo Poder Judiciário (caso queira arcar com os custos de tal medida) ou adotar medidas políticas que estanquem essa despesa – por exemplo, promover uma alteração legislativa. Ou seja, o que se pretende demonstrar é que a previsibilidade do futuro propiciada pelo regime de precedentes obrigatórios amplia os instrumentos à disposição do ente público para solucionar a questão de forma consciente, sistemática e isonômica.

5. Conclusão

Todas essas situações explanadas demonstram que a formação de um precedente vinculante pode gerar repercussão relevante de ordem econômica, social, política ou jurídica.

Desse modo, a atuação do órgão de advocacia pública na *formação* do precedente é relevantíssima. É nesse momento que deverão ser apresentados, de forma exaustiva, os argumentos favoráveis à Fazenda Pública. O CPC/2015 garantiu uma ampliação da participação e da cognição e, por conseguinte, impôs uma fundamentação reforçada no momento da *formação* do precedente. Essa é a oportunidade adequada para a exposição das teses fazendárias, podendo-se exigir a manifestação do órgão julgador sobre cada uma delas. Até porque, como ressaltado, no momento de *aplicação* do precedente, a motivação do órgão julgador é diferenciada e simplificada, tendo em vista que se entende que a motivação da decisão que formou o precedente se incorpora à fundamentação do órgão julgador que decidiu por aplicá-lo.⁷¹

Formado o precedente, a atuação da advocacia pública na sua *aplicação* também é estratégica, seja para fazer valer o precedente favorável, seja para demonstrar a distinção ou a superação do precedente desfavorável (com a argumentação específica e adequada para a utilização de tais técnicas). Há relevância, também, na atuação do órgão de advocacia pública na aceitação da consolidação da tese desfavorável, evitando litigância onerosa e fadada ao insucesso (atuação contenciosa), bem como prevenindo litigiosidade por meio da orientação da administração pública ou da proposição de alteração legislativa (atuação consultiva).⁷²

Ou seja, não há como ignorar a necessidade de uma atuação estratégica por parte dos órgãos de advocacia pública, tanto na *formação* quanto na *aplicação* do precedente. Houve uma transformação no

71 Enunciado nº 524 do FPPC. O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

72 Enunciado nº 26 do FNPP. Cabe à Advocacia Pública orientar formalmente os órgãos da Administração sobre os pronunciamentos previstos no art. 927, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência.

sistema processual brasileiro que impõe uma transformação na forma em que a Fazenda Pública litiga e orienta os entes públicos. Se bem apreendida, ela permitirá uma tutela mais eficiente dos entes públicos e do erário.

Há, também, uma relação de mão inversa, eis que a apreensão pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas será benéfica para o sistema brasileiro de justiça, já que a Fazenda Pública é litigante de massa.

São necessárias mudanças de ordem normativa (alterações de leis orgânicas e de rotinas administrativas), de ordem cultural (nem sempre recorrer até a última instância é a melhor forma de tutelar o ente público) e de ordem técnica (é preciso compreender a lógica do novo sistema processual para tirar proveito dele, atuando estrategicamente na formação do precedente, utilizando os instrumentos processuais adequados para fazer valer precedente vinculante favorável, e evitando litigância onerosa desnecessária quando já houver precedente obrigatório desfavorável). A assimilação da transformação do modelo processual é imprescindível para que a advocacia pública cumpra o seu mister de bem representar o ente público. Não é simples, mas quanto antes ela chegar, mais bem tutelado estará o erário.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed., totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, p. 333 – 349, jul/2015.

OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Panorama das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil na atuação da Fazenda Pública em juízo: prerrogativa de prazo, honorários advocatícios e remessa necessária. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, v. 82, p. 191/211, jul/dez. 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

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

Deficiente controle no pedido e na concessão do benefício da justiça gratuita estimula a litigância desnecessária e o congestionamento do judiciário

Clério Rodrigues da Costa¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A litigiosidade, as demandas repetitivas e o congestionamento judiciário; 2.1 – Congestionamento do Poder Judiciário Brasileiro; 2.2 – As demandas repetitivas e os litigantes contumazes; 2.3 – Inaptidão do microsistema de tutela coletiva, na defesa dos interesses individuais homogêneos, para descongestionar o Poder Judiciário; 2.4 – Propostas para enfrentamento da excessiva judicialização de conflitos no Brasil; 2.5 – O benefício da justiça gratuita, concedido indevidamente, estimula a judicialização de conflitos; 3 – O controle exercido pelo juiz e pela parte contrária na concessão do benefício da justiça gratuita; 3.1 – O benefício da assistência jurídica integral e gratuita; 3.2 – Assistência judiciária; 3.3 – Justiça gratuita; 3.4 – Pedido e impugnação do benefício da justiça gratuita na Lei 1060/50 e no novo CPC; 3.5 – Recurso cabível contra a decisão concessiva ou negativa do pedido de Justiça gratuita; 4 – O papel e a responsabilidade do Defensor Público e do advogado no requerimento e na impugnação do benefício da justiça gratuita; 5 – O papel do Juiz na apreciação do pedido de justiça gratuita; 6 – Conclusão; Referências bibliográficas.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem havido significativo aumento da litigiosidade e da morosidade do Poder Judiciário brasileiro, o que tem acarretado elevada taxa de congestionamento (1) de seus órgãos, medida periodicamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Recentemente, ante a existência de diversos estudos e informações estatísticas sobre as diversas causas do congestionamento judiciário, foi aprovado o novo Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigor em março de 2016, com o qual nascem novas expectativas de que possa haver significativo descongestionamento dos processos no Poder Judiciário.

Com este trabalho pretende-se examinar se maior controle no pedido e na concessão do benefício da justiça gratuita, de acordo com as disposições do novo Código de Processo Civil sobre o tema, pode desestimular o ajuizamento de demandas desnecessárias ou mesmo temerárias e, assim, contribuir para o descongestionamento dos órgãos do Poder Judiciário.

2. A litigiosidade, as demandas repetitivas e o congestionamento judiciário

2.1. Congestionamento do Poder Judiciário Brasileiro

Desde a criação do CNJ, com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, diversos estudos têm sido feitos sobre as causas de congestionamento do Poder judiciário, visando a fundamentar a formulação de políticas judiciárias.²

2 “A taxa de congestionamento é a medida utilizada para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram definitivamente julgados. Trata-se de um indicador de efetividade, uma vez que mensura a capacidade de dar vazão aos processos em determinado período e em que medida isso se reflete no congestionamento e, por conseguinte, na morosidade dos Judiciários em questão” (Informação obtida na página virtual do próprio CNJ: <http://> *(Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*”, Brasília, novembro de 2011, p. 23).

Segundo o “*estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*”³, realizado pelo CNJ, publicado em novembro de 2011, o Brasil era o país que apresentava maior taxa de congestionamento (70%), seguido de Bósnia e Herzegovina (68%) e Portugal (67%). Entre as taxas mais baixas, figuraram Federação Russa (3%), Dinamarca (5%) e Polônia (10%).

Em certa medida, é possível compreender, no Brasil, um abrupto congestionamento dos órgãos jurisdicionais, ocorrido a partir da redemocratização do país, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, quando foi assegurado a todos diversos direitos individuais, direitos sociais e direitos coletivos. No entanto, ainda hoje, apesar da existência atual de variados meios de comunicação, que prestam diversos serviços de informação, certamente ainda há pessoas que desconhecem seus direitos e, assim, nem reconhecem quando eles são violados.

Importante, ainda, destacar que, antes de 1988, apenas alguns poucos Estados da Federação contavam com serviços públicos encarregados da prestação de assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, pessoas que não dispunham de recursos econômicos para custear a defesa de direitos em juízo. Ainda hoje, mesmo com a criação das Defensorias Públicas da União e dos Estados, ainda não contam elas com profissionais em número adequado para atendimento das demandas que lhes são apresentadas, o que certamente desestimula a procura por seus serviços.

Ademais, o Estudo *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*⁴, patrocinado pelo CNJ, revela que, conforme o documento “Sistema de Informações sobre Percepção Social – Suplemento

3 CNPJ. Brasília, novembro de 2011, p. 24.

4 Brasília, julho de 2011, p. 20/21, contratado pelo CNJ, após seleção fundada no Edital n.01/2009, baseado em pesquisas, realizadas ao longo de 2010, sobre o tema, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). “O estudo foi realizado por meio de pesquisa empírico-jurisprudencial, identificando as demandas judiciais repetitivas mais comuns, bem como principais temas e teses jurídicas investigadas. Dentre essas ações, foram escolhidos como estudos de caso os temas da “Desaposentação” (Direito previdenciário – Justiça Federal) e de “Contratos bancários” (Direito do Consumidor – Justiça Estadual). Foram selecionados para visitas in loco dois tribunais de Justiça (TJSP e TJRS) e um tribunal federal (TRF 3ª. Região), em virtude da grande representatividade processual existente nessas Cortes e da existência de sistemas informáticos mais propícios para a coleta de dados.”

Justiça 2010”⁵, elaborado pelo IPEA, entre os brasileiros que acreditam ter tido um direito subjetivo lesado em 2009, 63% não procuraram o Judiciário. Revela também, ainda, que pesquisa realizada pelo IBGE aponta que “das pessoas que vivenciaram situação de conflito entre os anos de 2004 e 2009, 6,8% não acionaram a Justiça porque não sabiam que podiam utilizá-la” e 6% alegaram que custaria muito caro. Esse mesmo estudo, sobre a litigiosidade, indica um potencial de maior congestionamento judiciário:

Portanto, se os níveis de litigiosidade já causam elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário, esses dados demonstram que pode haver uma demanda latente bastante expressiva por serviços do Poder Judiciário, com aumento no futuro. Por conseguinte, é necessário que o Judiciário se prepare para enfrentar a situação, sob o risco de se deparar com um quadro de congestionamento do sistema judicial ainda mais grave do que o presente.

Como o índice de litigância no Brasil é elevado e ainda existe um número significativo de potenciais usuários que não recorreram aos serviços judiciários, conclui-se que predomina uma realidade de excessiva concentração de demanda por esses serviços. Ou seja, no Brasil, poucos usam o Poder Judiciário. Recente estudo realizado pelo CNJ a respeito dos cem maiores nos tribunais do País de fato aponta para essa concentração de demandas.

Diante desse cenário, o efetivo combate às causas da morosidade da justiça pressupõe um conjunto de ações para eliminar as razões por detrás da excessiva litigância, concentrada em alguns atores, que, na maioria das vezes, utilizam o sistema desnecessariamente.” (Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira. Julho de 2011, p. 19-20).

Importante também é o comportamento estratégico, condenável, de litigantes contumazes que, tirando proveito da morosidade no andamento dos processos judiciais, insistem em negar a violação de direitos simplesmente para protelar o cumprimento de certas obrigações. E, por outro lado,

5 SIPS – Sistema de Indicadores de Percepção Social: Justiça, 17 de novembro de 2010. Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (IPEA): “Pesquisa para verificação de como a população avalia os serviços de utilidade pública e o grau de importância deles para a sociedade.”

o comportamento de certas pessoas que, ante a facilidade para obtenção dos benefícios da justiça gratuita, sentem-se estimuladas a demandar em juízo, sem previamente tentar uma negociação com a parte contrária, ou mesmo ingressar numa aventura judicial, postulando algo simplesmente porque nada teriam a perder em caso de improcedência da demanda, mesmo sabendo não terem direito àquilo que estão demandando.

O baixo custo de ingressar com ações judiciais já é um incentivo para a judicialização de conflitos, antes mesmo da tentativa de buscar uma solução extrajudicial para ele, porquanto não envolve qualquer risco econômico. Estudo realizado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, para o CNJ, publicado em novembro de 2010, realizou um diagnóstico das causas de aumento da litigiosidade no Brasil e da morosidade da Justiça, com foco nas demandas repetitivas, em que foram selecionados dois casos, um na Justiça Federal (em direito previdenciário) e outro na Justiça Estadual (em direito do consumidor), em que aponta diversas causas para o aumento de demandas cíveis, entre elas os baixos custos:

(...) em determinados casos, os consumidores procuram o Judiciário antes mesmo de tentar uma resolução em esferas extrajudiciais. A preferência pelo Judiciário gera um aumento de demandas cíveis, conforme constatado pelos entrevistados. Isso porque há muitos incentivos para a judicialização dos conflitos, tais como: os baixos custos de ingressar com ações judiciais nos Juizados Especiais Cíveis; ineficácia dos serviços de atendimento ao cliente e ouvidorias enquanto canais de resolução prévia de conflitos; a atuação massiva de advogados que pode estimular o consumidor a requerer judicialmente indenizações por dano moral, inclusive mediante remuneração por honorários *ad exitum*; a existência de possibilidade de sucesso, algumas vezes rápido, na esfera judicial.⁵

Pode-se dizer, portanto, que o cenário prenunciado é preocupante: um Poder Judiciário já congestionado, com a litigiosidade individual repetitiva, protagonizada por litigantes contumazes; a litigiosidade individual desnecessária, estimulada pela obtenção dos benefícios da justiça gratuita ou dos baixos custos judiciais; e, ainda, convivendo com uma litigiosidade contida, que a qualquer momento pode se revelar.

2.2. As demandas repetitivas e os litigantes contumazes

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)⁶ realizou um estudo, intitulado *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*⁷, com foco na identificação dos 100 maiores litigantes por setor, nos polos ativo e passivo, no primeiro e segundo grau e nas Turmas Recursais. A sistematização e análise de dados coletados junto aos Tribunais de Justiça de 11 Unidades da Federação (Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe) abrangeram os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013.

Num cenário de aproximadamente 100 milhões de processos que tramitam no país, o estudo revela uma elevada concentração de ações, em primeiro e segundo grau e nas Turmas Recursais, protagonizadas por um número reduzido de atores, nos polos ativo e passivo: instituições do poder público municipal, estadual e federal; bancos; instituições de crédito; e prestadoras de serviços de telefonia e comunicações.

Mediante análise de informações que compreende os anos 2010, 2011, 2012 e 2013, mostra o estudo que, em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público Municipal, Estadual e Federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes. Já no polo passivo, em sete estados e no Distrito Federal, o setor econômico (bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimento) é o principal demandado. Isto é, dentre os 100 maiores litigantes, nas 11 unidades pesquisadas, um número bastante reduzido de atores é responsável por, pelo menos, a metade dos processos judiciais.

Perante a Justiça Estadual de São Paulo, onde estão concentrados 40% dos processos que tramitam no país, entre 2010 e 2013, em primeiro grau, apenas 11 demandantes foram responsáveis pelo ajuizamento de mais da metade do total de processos, enquanto, no polo passivo, apenas

6 A AMB é uma entidade civil com aproximadamente 14 mil juízes estaduais, trabalhistas, federais e militares associados de todo o Brasil e congrega 35 associações regionais, sendo 27 de juízes estaduais, seis de trabalhistas e duas de militares.

7 A pesquisa foi coordenada pela cientista política e professora Maria Tereza Sadek, uma das mais respeitadas estudiosas do Judiciário no Brasil, com o auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima.

8 (oito) partes responderam por mais de 50% dos processos. Enquanto no segundo grau, em que a concentração é maior, apenas 6 demandantes figuraram no polo ativo em mais de 50% dos processos e 7 figuraram no polo passivo, realidade que se repete nas Turmas Recursais.

No primeiro grau, figurou, na primeira posição, nos anos 2010, 2011, 2012 e 2013, no polo ativo, a Administração Pública Municipal, respectivamente, em 73,2, 59,4%, 57,7% e 59,6% dos processos. Em seguida, em segundo lugar, o setor financeiro figurou nos mesmos anos em 15,8%, 14,8%, 15,8%, e 19,2%. Ainda no primeiro grau, agora na primeira posição, mas no polo passivo, o setor financeiro (bancos, instituições de crédito, de financiamento e investimentos) figurou, nesses anos, em 48%, 53,6%, 61,3% e 58,7% dos processos.

Nesse mesmo período, em segundo grau, no polo ativo, na segunda posição, o setor financeiro figurou em 14,6%, 16,2%, 16,2% e 18,8%. No polo passivo, já primeira posição, o setor financeiro figurou em 41,4%, 39,6%, 42,9% e 50,3%.

Nas Turmas Recursais, nesses mesmos anos, o setor financeiro, no polo ativo, na primeira posição, figurou em 72,8%, 69,7%, 69% e 54,2% dos processos. Em seguida, figuraram os Serviços de Telefonia e Comunicações (15,6%, 10,6%, 8,5% e 11,6%) e Seguros e Planos de Saúde (3,6%, 6,2%, 8,4%, 11,3%). No polo passivo, novamente, o setor financeiro tem a maior concentração de demandas (65,4%, 41,8%, 49,5% e 43%).

2.3. Inaptidão do microssistema de tutela coletiva, na defesa dos interesses individuais homogêneos, para descongestionar o Poder Judiciário

O estudo acima referido demonstra alta incidência de demandas individuais repetitivas, muitas delas com os mesmos litigantes, que são levadas à apreciação dos órgãos jurisdicionais. Ademais, as demandas em que figuram os setores financeiros, Serviços de Telefonia e Comunicações e Seguros e Planos de Saúde decorrem de relações de consumo, em que as questões são levadas, de forma individual, ao Poder Judiciário. Embora pudessem ser levadas ao Poder Judiciário por meio de uma ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, por variadas razões não é o que acontece. Mesmo quando isso acontece, as ações individuais, por parte

das pessoas naturais, continuam sendo ajuizadas. Como consequência, a possibilidade de tratamento coletivo de tais demandas em nada contribui para descongestionar os órgãos jurisdicionais.

Como bem afirma Heitor Vitor Mendonça Sica⁸, embora, “em teoria, o nosso sistema processual de tutela coletiva figure entre os mais avançados do mundo, na prática são muitos os problemas que impedem seu funcionamento adequado e eficiente, sobretudo para o fim de excluir dos órgãos judiciários demandas individuais”. Para o autor, a ação coletiva é inapta para tutela de interesses individuais homogêneos quanto a desestimular os mecanismos de tutela individual decorrentes do mesmo macrolitígio.

Há várias causas para tanto, das quais se destacam as seguintes: a) há ponderável chance de o jurisdicionado ignorar a existência do processo coletivo cuja sentença poderia beneficiá-lo individualmente; b) o cidadão pode eventualmente contar com a sorte de sair vencedor da demanda individual a despeito da improcedência do processo coletivo (que não lhe afeta); c) a amplitude do contraditório no processo coletivo e alguns entraves técnicos e econômicos comprometem a agilidade de sua tramitação. Isso sem falar que a ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos não leva o jurisdicionado até o ponto culminante da outorga de tutela jurisdicional (a satisfação concreta do direito material), mercê da necessidade de liquidação e execução individuais da sentença coletiva genérica (tal como o cidadão que usa o transporte público apenas por parte do seu trajeto, que precisa ser completado por um automóvel particular). Sem tutela coletiva completa, adequada e eficiente, é inviável pensar-se em estímulo para que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual. (...) (2014: 20-21)

2.4. Propostas para enfrentamento da excessiva judicialização de conflitos no Brasil

O estudo *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*⁹, a par dos levantamentos apresentados, apresenta propostas

⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*, Brasília, julho de 2011.

para enfrentamento da excessiva litigiosidade no Brasil, com a finalidade de, sem impedir o acesso ao Judiciário, possibilitar ao cidadão outra solução, extrajudicial, para o conflito e, assim, reduzir a litigiosidade repetitiva e descongestionar os órgãos jurisdicionais.

Com relação à litigância em matéria consumerista, o estudo apresenta as seguintes propostas:

Aperfeiçoamento da regulamentação do CMN e do BACEN: observa-se que muitos conflitos nas relações de clientes com bancos (identificados como os maiores litigantes na justiça estadual, de acordo com levantamento deste CNJ) poderiam ser esclarecidos e regulamentados de forma mais objetiva pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, dispensando, inclusive, proposições legislativas, devido ao alto grau de ‘enforcement’ que essas instituições possuem sobre as instituições financeiras. Isso poderia contribuir para evitar uma série de reclamações relacionadas a algumas práticas bancárias comumente discutidas no Judiciário;

Maior atenção do Judiciário para o tratamento do fenômeno do superendividamento: A questão do sobre-endividamento é um fenômeno que tem se propagado nas sociedades de consumo desenvolvidas. Vários países já se conscientizaram dessa problemática e desenvolveram sistemas de tutela específica para o consumidor excessivamente endividado (EUA, França, Bélgica e Alemanha). (...);

Transparência: A FGV-SP aponta para a necessidade de maior divulgação das listas de empresas mais reclamadas em órgãos de defesa do consumidor e no Poder Judiciário; implementação, melhoria e utilização de canais de atendimento extrajudiciais (agências bancárias, SAC e ouvidorias. (p. 26-27).

Outra proposta apresentada pela PUC-PR refere-se à implantação de uma política de contrato de transparência, visando a disponibilizar aos cidadãos informações sobre os diversos tipos de contratos, suas características e efeitos fornecidos pelas instituições financeiras:

A difusão de conhecimento sobre os assuntos econômicos pode servir de instrumento efetivo à prevenção de demandas judiciais. Cabe ao Poder Público fomentar ações nesse sentido, por se tratar de legítimo representante das causas coletivas. Iniciativas dessa natureza garantiriam

maior efetividade ao processo de disseminação de informações sobre os efeitos maléficos da inadimplência contratual.

A divulgação de *ranking* contendo os maiores litigantes bancários e financeiros nos *sites* do Judiciário poderia ser importante instrumento de consulta aos cidadãos, orientando-os sobre as consequências de eventuais litígios por descumprimentos contratuais. Outra proposta formulada refere-se à divulgação de informações sobre as diferentes características dos contratos de crédito ofertados. As propostas das equipes de pesquisa incorporam, ainda, iniciativas, como o envio das informações dos maiores litigantes em assuntos bancários às organizações da sociedade civil no controle social do poder econômico; às entidades de classe envolvendo crédito (como Febraban); aos organismos de proteção e estabilização do sistema financeiro; aos editores que publicam *ranking* entre empresas que promovem práticas sustentáveis; às entidades que promovam premiações de qualidade e responsabilidades socioambiental; e, ainda, às entidades de classe dedicadas à comunicação de massa, como a ABI-Associação Brasileira de Imprensa.” (pp.26/28).

Para desestímulo à litigância abusiva, propôs o estudo *Medidas para limitação da utilização desnecessária e abusiva do Poder Judiciário*, entre elas, restrição ao uso do benefício da “Assistência Judiciária”:

Algumas propostas nesse sentido envolveriam a Restrição ao uso do benefício da Assistência Judiciária às pessoas físicas isentas de obrigatoriedade de declaração de imposto de renda, cuja aplicação é defendida por este Departamento de Pesquisas Judiciárias. Além disso, existe a possibilidade de criação de incentivos para realização de mais acordos por meio da fixação de critério para majorar/minorar honorários de sucumbência com base na análise se o caso poderia ou não ter sido previamente encerrado por acordo (art. 20 do CPC), regulamentação mais específica da litigância de má-fé com majoração da pena por essa conduta e estabelecimento de rejeição da proposta de acordo, dentro dos precedentes dos tribunais como um elemento caracterizador dessa infração.(pp. 28/29).

Com relação à litigância em demandas repetidas, propôs o estudo a criação de varas especializadas nesse assunto:

A equipe da PUC-PR considera oportuna a criação de varas especializadas, sobretudo em causas bancárias, para o processamento dos diver-

tos autos versando especialmente sobre contratos de crédito. Quanto à pertinência da proposta formulada, do ponto de vista da organização judiciária, o funcionamento de unidades judiciárias especializadas de fato parece revestir-se de maior eficiência. Com a especialização, tende-se a cuidar mais detidamente da natureza e especificidades da matéria, seja no treinamento de servidores que prestam apoio aos magistrados, seja no próprio *modus operandi* da tramitação processual. Dentre as vantagens da especialização pode-se citar: maior facilidade em implantar treinamentos a mediadores/conciliadores para otimizar acordos; eleição de pautas temáticas para julgamentos em bloco; padronização do processamento interno dos feitos (despachos e intimações), dentre outras iniciativas. Nesse contexto, seria particularmente interessante a criação de centrais de conciliação extrajudicial especializada em demandas repetitivas para evitar a instauração dos litígios. Nos estudos de caso empreendidos, a equipe de pesquisa verificou que as demandas repetitivas envolvem assuntos de menor complexidade, como os casos bancários. Desse modo, a segmentação não necessitaria de um número predeterminado de serventuários, mas poderia se organizar de acordo com as rotinas estabelecidas previamente e organizadas de tal modo a tornarem-se especializadas no processamento das demandas de massa. (pp. 30/31).

Como alterações legislativas, esse mesmo estudo faz referência à regulação do crédito ao consumidor:

Seria interessante criar mecanismos que exigissem documentação comprobatória da capacidade financeira do contratante nas operações de crédito, tais como o Decreto-Lei n. 911/69, a fim de promover maior garantia ao cumprimento do contrato. A equipe de pesquisa da PUC-PR mencionou que modelo similar existe na União Europeia, a qual implantou o princípio do ‘empréstimo responsável’ sem suas diretivas, como medida preventiva do superendividamento. Nesse sentido, o Banco Central pode ter um papel central na fiscalização dos contratos bancários. De fato, é relevante determinar qual percentual de endividamento é exequível para o cidadão comum, a fim de evitar que o comprometimento inviabilize posteriormente a liquidação do contrato. Há, no presente caso, notório excesso por parte das entidades bancárias ao concederem crédito a consumidores que sabidamente não possuem

condições financeiras de cumprir suas obrigações contratuais, ocasionando clara lesão ao consumidor. (p. 31).

A propósito, cabe citar a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 283/2012, que dispõe sobre a concessão responsável de crédito ao consumidor e sobre a prevenção do superendividamento, criando a cultura do pagamento de dívidas e estimulando a renegociação ou conciliação. Ademais, o projeto pretende fortalecer o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e os Procons poderão expedir notificações ao fornecedor para que estes prestem informações de interesse do consumidor; eles poderão realizar audiência de conciliação com o mesmo valor de uma audiência de conciliação judicial, aplicar medidas corretivas, como substituição do produto ou reparação do vício do produto, como imposição de multa diária para o caso de descumprimento.

2.5. O benefício da justiça gratuita, concedido indevidamente, estimula a judicialização de conflitos

Uma das propostas apresentadas pelo estudo *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça brasileira*, denominada “Restrição ao uso do benefício da Assistência Judiciária às pessoas físicas isentas da obrigatoriedade de declaração de imposto de renda”, diz respeito ao benefício da justiça gratuita que, se concedido, isenta a pessoa beneficiária de arcar com quaisquer despesas relativas ao processo judicial que instaurar ou no qual venha a se defender.

Não se pode negar que o baixo custo das demandas judiciais funciona como incentivo à judicialização de conflitos; já a dispensa de pagamento de qualquer despesa com a judicialização, no caso de obtenção dos benefícios da justiça gratuita, estimula mais ainda essa judicialização de conflitos, mesmo antes de qualquer tentativa de negociação pré-processual, porquanto, mesmo em caso de sair vencido, não arcaria o beneficiário com qualquer despesa processual, nem com honorários de sucumbência, que só poderiam ser cobrados no prazo de cinco anos, desde que demonstrado que o beneficiário perdeu a condição de hipossuficiente.

Pesquisa⁹ publicada em julho de 2010, realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, considerando os valores médios das custas nas unidades da federação (tendo em vista a média dos valores considerados para as causas de R\$ 2.000,00, R\$ 20.000,00, R\$ 50.000,00 e R\$ 100.000,00), indica:

Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina mostram-se como os Estados que adotam valores mais baixos para as custas e taxas judiciárias. Por outro lado, Paraíba e Piauí adotam os valores mais elevados, que destoam inclusive dos valores médios praticados em vários outros estados. Distrito Federal, Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Norte (...) praticam valores médios abaixo de R\$ 500,00. No Piauí e na Paraíba (...) as custas médias são bastante discrepantes em relação aos demais estados (acima de R\$ 2.000,00). O Maranhão aparece na terceira posição entre as custas mais altas, com custas médias em torno de R\$ 1.300,00. (p. 21)

Paradoxalmente, a mesma pesquisa revela que, dentre “as cinco UFs com menor percentual de pobres, duas estão entre as que adotam valores mais baixos para as custas judiciais (Santa Catarina e São Paulo). Já em relação aos cinco estados que possuem os percentuais mais altos de pessoas pobres, três estão entre os que adotam os valores mais elevados para as custas (Maranhão, Piauí e Bahia). Paraíba, que adota os valores médios mais altos, está na sexta posição dentre as UFs com maior percentual de pessoas pobres.”¹⁰ Associadamente a esse quadro, é compreensível a atuação massiva de advogados na busca de clientes e na judicialização de conflitos. Para se ter uma ideia, o número de advogados para cada grupo de 100 mil habitantes no Brasil é o 5º maior entre os 42 países comparados. Enquanto a média nos países que compõem a lista é de 168 advogados por mil habitantes, no Brasil, essa relação é de 330,4 (11). Quanto aos magistrados, há, no Brasil, uma proporção de 39,43 advogados por magistrado, a maior entre os 42 países incluídos no levantamento do CNJ, realizado em 2011. Na Dinamarca, que lidera o *ranking* em volume de casos julgados, existem 13,88 advogados por juiz.¹¹

9 *Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*, Brasília, CNJ, 2010. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 01 de dezembro de 2015.

10 *Idem*, p. 26.

11 *O uso da justiça no Brasil*, p. 16

3. O controle exercido pelo juiz e pela parte contrária na concessão do benefício da justiça gratuita

3.1. O benefício da assistência jurídica integral e gratuita

Na medida do crescimento da complexidade da vida social, proporcionada pelo desenvolvimento tecnológico e pela atividade econômica, novas relações, individuais e em massa, são estabelecidas entre os membros da sociedade, especialmente envolvendo o consumo. Naturalmente, as possibilidades de conflitos aumentam na mesma proporção com que aumenta a demanda por um Estado capaz de responder aos anseios da sociedade com vistas ao bem-estar comum. Espera-se, assim, que o Estado contemporâneo, sobretudo o Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, apresente respostas efetivas às demandas sociais, inclusive a de possibilitar, em igualdade de condições, o acesso à prestação da tutela jurisdicional a todas as pessoas. Aliás, é o que estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, incisos XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o benefício da justiça gratuita comportava diversas questões que contribuíam para o congestionamento de processos judiciais, decorrentes exatamente da falta de uma legislação atualizada para tratar do tema. A Lei nº 1060, de 05.02.1960, alterada diversas vezes, é a que tratava do tema de forma mais abrangente, mas não resolvia efetivamente todas as questões pertinentes ao tema; pelo contrário, suscitava dúvidas que acabavam por gerar a interposição de recursos que contribuíam para congestionar os órgãos recursais. O novo Código de Processo Civil resolve algumas dessas questões, mas dependerá, para sua aplicação efetiva, de uma nova postura dos magistrados e dos advogados.

Como visto, a Constituição Federal de 1988, diversamente das anteriores, ao assegurar em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, ampliou o campo da atuação estatal. A mudança do

adjetivo qualificador da “assistência”, de “judiciária” para “jurídica”, que passa a compreender tudo que seja “jurídico”, e reforçada pelo acréscimo da expressão “integral”, amplia o universo de sua cobertura.

A garantia constitucional da “Assistência jurídica integral e gratuita” envolve um amplo espectro de abrangência. Envolve a ampla prestação de todos os serviços da advocacia, ou seja, todas as atividades privativas da advocacia, de que possam precisar as pessoas “necessitadas” (art. 1º, EOAB): a) postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; b) atividades de consultoria e assessoria jurídicas; c) visto em ato constitutivo de pessoas jurídicas para admissão de registro nos órgãos competentes. Envolve também a dispensa de antecipação e a dispensa definitiva de pagamento de despesas processuais; a dispensa definitiva de pagamento de despesas necessárias ao cumprimento efetivo da decisão prolatada em processo judicial ou administrativo.

A cláusula genérica de garantia de “assistência jurídica integral e gratuita”, portanto, é gênero de que são espécies: a) as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, incluindo o visto em ato constitutivo de pessoas jurídicas; b) a atividade de assistência judiciária; c) a justiça gratuita (isenção de pagamento das despesas do processo).

3.2. Assistência judiciária

A assistência judiciária gratuita tem o significado de patrocínio gratuito da causa em juízo ou perante qualquer órgão administrativo em que seja necessária ou conveniente a representação por advogado. É, pois, um serviço público consistente na representação judicial ou administrativa do “necessitado”.

A Constituição Federal, ao determinar no inciso LXXIV, do artigo 5º, que o “Estado” prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, como em muitos outros dispositivos (arts. 196, 205, 215 etc.), designou como “Estado” toda e qualquer entidade político-administrativa. Assim, além da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios (que vierem a ser criados), também os Municípios e toda a Administração Pública Indireta (Federal, Estadual e Municipal) estão obrigados à prestação da “assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, no que lhe couber,

porque a prática de determinados atos por tais órgãos pode ser imprescindível para a defesa, em juízo ou fora dele, de interesse dos necessitados”. Esclareça-se que tais órgãos estão obrigados apenas à prestação gratuita de atos ou serviços compreendidos pela “justiça gratuita”, excluído o serviço de assistência judiciária, indispensável à defesa de interesses dos “necessitados”. A obrigatoriedade da prestação do serviço de assistência judiciária está afeta apenas à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Territórios, pois apenas estes mantêm órgãos do Poder Judiciário (art. 92, CF), perante os quais devem prestar o serviço por intermédio das respectivas Defensorias públicas; inclusive, apenas a eles foi imposta a obrigação da criação de Defensorias públicas (art. 134, CF).

Naturalmente, não se pode dizer que a Constituição Federal reservou à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Territórios a exclusividade da prestação da “assistência judiciária gratuita”, proibindo os Municípios, outras pessoas da Administração pública indireta, entidades não governamentais e mesmo os advogados profissionais liberais (art. 3º, I, CF) de a prestarem¹². A prestação de atos ou serviços, inclusive o de assistência judiciária, em favor das pessoas necessitadas, por tais entidades ou pessoas, deve mesmo ser incentivada, pois a construção de uma sociedade solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF). Naturalmente, para a prestação do serviço de assistência judiciária, os Municípios, os outros órgãos da Administração Pública, as entidades não governamentais e os advogados liberais devem observar alguns requisitos, para que a colaboração prestada não sirva de pretexto, de forma dissimulada, para a obtenção de dividendos eleitoreiros ou captação de clientela. Já a prestação de atos ou serviços compreendidos na “Justiça gratuita”, diversos, portanto, da “assistência judiciária”, é obrigação das pessoas de direito público, mas, também, por força do princípio da solidariedade (art. 3º,

12 O novo Código de Ética e Disciplina da OAB, editado pelo Conselho Federal da OAB, pela Resolução n. 02, de 19.10.2015, autoriza o exercício pelos advogados da advocacia “pro bono”: “Art. 30. [...] Parágrafo 1. Considera-se advocacia *pro bono* a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional. Parágrafo 2. A advocacia *pro bono* pode ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado”.

I, CF), podem ser prestadas por quaisquer pessoas, jurídicas ou naturais, nacionais ou estrangeiras.

Assistência judiciária, assim, é instituto de direito administrativo e foi um dos primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça, concentrado nos pobres, passando por uma reforma acentuada a partir do curso da década de 1960.

Importante frisar que quem reconhece, deferindo esse direito, é o órgão prestador do serviço de assistência judiciária ou o próprio advogado profissional liberal que venha a prestar o serviço de advocacia *pro bono*; não o juiz perante o qual tramitar a demanda.

3.3. Justiça gratuita

No Direito Brasileiro, cabem ao Estado as despesas gerais com a administração da Justiça, arcando este com todas as despesas decorrentes da instalação e manutenção do serviço. Mas aos litigantes cabe responder pelas despesas inerentes ao processo de que são partes, antecipando o pagamento das despesas necessárias à defesa de seu interesse, antes do início do processo, durante o processo e depois do processo. Antes do processo, podem existir despesas, tais como uma extração de cópia reprográfica de documentos, tradução de documentos, realização de perícia, levantamento topográfico de imóvel, obtenção de certidões e outros documentos públicos, transporte etc. Durante o processo, desde o início até a plena satisfação do direito declarado na sentença, incluído o processo de execução, cabe a cada parte prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo (art. 82, CPC). De forma explicativa, estão enumeradas no artigo 98, parágrafo 1º, do novo CPC, as seguintes despesas processuais compreendidas na gratuidade. Depois do processo, mas ainda a ele vinculado, podem existir despesas necessárias com a averbação ou o registro nos serviços notariais ou de registro (art. 98, parágrafo 1º, inciso IX).

Todas as despesas do processo acima mencionadas, mais os honorários advocatícios de sucumbência, devem ser pagas pelo vencido na demanda. Também o vencido no incidente processual deve arcar com o pagamento das despesas dele decorrentes. É que, por força do princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à

instauração de incidentes processuais responde pelas despesas havidas. Ou seja, somente ao final do processo ou do incidente processual é que se saberá quem realmente é responsável pelo pagamento das despesas do processo ou do incidente processual. Antes disso, não se pode falar propriamente que nenhuma das partes seja responsável pelo pagamento de tal ou qual despesa processual, mas apenas que há responsabilidade de ambas as partes pela antecipação do pagamento de determinadas despesas processuais. Ao vencimento, na demanda ou no incidente processual é que caberá o efetivo pagamento das despesas processuais havidas; assim, a antecipação do pagamento das despesas que promoveu se consolidará em efetivo pagamento, enquanto o ressarcimento da parte vencedora pelas despesas por ela havida se consolidará em efetivo pagamento, feito pela parte vencida.

Percebe-se, assim, que a parte, seja autora ou ré, antes, durante e depois do processo, se não tiver recursos econômicos para adiantar o pagamento de determinadas despesas processuais, mesmo contando com a assistência judiciária de um Defensor público, jamais estaria em igualdade de condições com a parte adversa, que também não seja carente de recursos econômicos para litigar. Mesmo que venha a ser consagrada vencedora na demanda, antes, a parte deverá antecipar o pagamento de determinadas despesas processuais.

Não basta, pois, garantir ao necessitado econômico a assistência judiciária gratuita prestada por Defensor público ou advogado na prestação da advocacia *pro bono*, pois não é suficiente para assegurar-lhe o acesso à prestação da tutela jurisdicional. Evidente, portanto, a importância do direito à Justiça gratuita, também garantida pela cláusula genérica da “assistência jurídica integral e gratuita”.

O conceito de Justiça gratuita, portanto, deve ser amplo, de modo a abranger todas as despesas necessárias à defesa e à efetivação de direitos, em juízo e fora dele.

O processo implica despesas realizadas antes do seu início, durante sua tramitação e depois do seu encerramento. Podemos, assim, falar em despesas havidas fora do processo, acobertadas por uma espécie de Justiça gratuita extrajudicial (fora do processo judicial); e, em despesas

havidas no curso do processo, perante o órgão judicial, acobertadas por outra espécie de Justiça gratuita judiciária.

Há casos, porém, em que a própria legislação reconhece como “necessitada” a titular do interesse a ser defendido, de modo que a parte autora, em defesa de interesse considerado relevante, fica definitivamente dispensada, não da antecipação do pagamento das despesas processuais, mas do próprio pagamento de algumas ou de todas as despesas processuais. A própria Constituição Federal confere ao cidadão autor de ação popular, salvo comprovada má-fé, a isenção de “custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII, CF) e a gratuidade das ações de *habeas data* e *habeas corpus* (art. 5º, LXXVII, CF).

Na legislação ordinária, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078./1990), em seu artigo 18, em qualquer ação coletiva ajuizada para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dispensa qualquer que seja o autor da antecipação de pagamento de “custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas” e, sendo a autora uma associação, salvo comprovada má-fé, dispensa definitivamente do pagamento de honorários advocatícios de sucumbência e do ressarcimento à parte contrária, vencedora, das despesas processuais.

A Lei nº 9.099, de 26.09.1995 (Lei dos Juizados Especiais), em seu artigo 54, assegura gratuidade da Justiça ou Justiça gratuita a todas as partes, independentemente da situação econômica, em primeiro grau: “O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”. Também, por força do artigo 55, segunda parte, a parte vencida não é condenada na sentença em custas e honorários advocatícios de sucumbência, exceto em caso de litigância de má-fé. Note-se, entretanto, que tal gratuidade é provisória, pois condicionada à não interposição de recurso contra a decisão de primeira instância. Recorrendo da decisão de primeira instância, o recorrente deve prover o preparo do recurso, que compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita (art.54, parágrafo único). Em segundo grau, se vencido, o recorrente arcará ainda com as custas e honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre dez e 20 por cento do valor da condenação ou do valor corrigido da causa (art.55).

Justiça gratuita, assim, significa a gratuidade ou dispensa de pagamento de todas as despesas, judiciais e extrajudiciais, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos em juízo. Abrange, dessa forma, as despesas relativas aos atos processuais a serem praticados e também as despesas decorrentes da efetiva participação processual.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 98, parágrafo 1º, elenca as despesas de que o beneficiário da Justiça gratuita está dispensado de antecipar ou de pagar, tentando abranger todas aquelas que significariam obstáculos ao acesso à Justiça.

3.4. Pedido e impugnação do benefício da justiça gratuita na Lei 1060/50 e no novo CPC

O pedido de concessão do benefício da Justiça gratuita, de acordo com os artigos 4º e 6º, da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, devia ser feito na petição inicial ou no curso da demanda. Se feito no curso da demanda, a petição era autuada em separado, dando origem a um incidente, no qual era proferida a decisão concessiva ou negativa. Feito o pedido, a parte contrária tinha o direito de se manifestar a respeito, impugnando-o, se o caso. Feita a impugnação, como determinava o artigo 7º, parágrafo único, da Lei 1.060/50, igualmente era instaurado um incidente, em que seria proferida decisão, se acolhida a impugnação, revogando a concessão, caso tenha sido antes concedida, ou negando-a, caso ainda não tenha sido apreciado. Em ambos os casos, o incidente instaurado não suspendia o curso da demanda, e o recurso cabível contra a decisão proferida, segundo o artigo 17, era o de apelação.

De acordo com o artigo 99, *caput* e parágrafo 1º, do novo Código de Processo Civil, que nessa parte derroga a Lei nº 1.060/50, o pedido pode ser feito a qualquer tempo e em qualquer peça dos autos (petição inicial, contestação, petição para ingresso de terceiro ou em recurso), e também não suspenderá o andamento do feito. No entanto, não mais haverá a instauração de um incidente, com autuação em apenso aos autos principais.

Da mesma forma, a impugnação, como dispõe o artigo 100 do novo Código de Processo Civil, poderá ser oferecida com a contestação, na

réplica, nas contrarrazões, por meio de petição simples, no prazo de 15 (quinze) dias, nos próprios autos do processo, também sem suspensão de seu curso.

3.5. Recurso cabível contra a decisão concessiva ou negativa do pedido de Justiça gratuita

De acordo com o artigo 17 da Lei nº 1.060/50, contra a decisão proferida, concessiva ou negativa do pedido de benefício da justiça gratuita, cabia o recurso de apelação, que seria recebida apenas no efeito devolutivo, quando interposta contra decisão concessiva do benefício. A par de indicar que o recurso cabível era o de apelação, tal dispositivo aludia, ainda, à decisão, concessiva ou negativa, como “sentença”.

A doutrina e a jurisprudência divergiam sobre o recurso cabível, se de apelação, como diz a Lei nº 1060/40, ou o agravo de instrumento, neste caso, por entender que a decisão recorrida configurava, na verdade, uma decisão interlocutória. A respeito da controvérsia, analisando diversos julgados, Rogério Nunes Oliveira¹³ observou:

Daí que, no campo pragmático, em que se põe em discussão a realização da promessa magna de acesso amplo à justiça e a prestação da assistência jurídica integral e gratuita, ao intérprete será mais prudente a adoção da seguinte fórmula quando da impugnação das decisões relativas à gratuidade de justiça: indeferindo o pedido nos próprios autos (artigo 5º, *caput*, da Lei 1.060/50), caberá agravo de instrumento (artigo 162, & 2º *c/c/* 522 do Código de Processo Civil); denegado o exercício desse direito por meio de decisão prolatada em autos de incidente processual de impugnação à gratuidade de justiça (artigos 6º e 7º, *caput*, da Lei 1,060/50), a apelação será o recurso cabível (artigo 17 da Lei 1.060/50).

O novo Código de Processo Civil, no artigo 1.015, inciso V, expressamente estabelece que cabe o recurso de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre “rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação”. Em

13 *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006. p. 181-182.

reforço, no artigo 101, expressamente estabelece que contra a “decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação”. Não resta mais dúvida quanto ao recurso cabível, portanto, ao menos quando interposto contra decisão que rejeita ou revoga o benefício da Justiça gratuita.

Alguma dúvida ainda pode restar quanto ao recurso cabível quando, havendo impugnação, a decisão judicial a rejeitar, deixando a parte contrária que a impugnou vencida na questão. Indubitavelmente, tem direito a parte contrária a recorrer contra tal decisão. De acordo com o novo Código de Processo Civil, por interpretação restritiva, a se considerar como taxativo o rol do artigo 1.015, caberá apenas o recurso de apelação, ao final. No entanto, por interpretação extensiva, tendo em vista o princípio da isonomia, poderia caber também o recurso de agravo.

O novo Código de Processo Civil, no tocante ao benefício da Justiça gratuita, ao elencar as despesas de que fica dispensado o beneficiário de antecipar ou de pagar, resolverá algumas dúvidas que geram insegurança e recursos interpostos, quando a decisão proferida não satisfaz a uma das partes. Nesse aspecto, procura assegurar efetivamente acesso à justiça ao hipossuficiente. Quando elimina a dúvida quanto ao recurso cabível contra decisão que indefere ou revoga o benefício, deixando claro ser o agravo de instrumento, exceto quando a questão tenha sido decidida na sentença, quando o recurso cabível será o de apelação, contribui para segurança jurídica.

4. O papel e a responsabilidade do Defensor Público e do advogado no requerimento e na impugnação do benefício da justiça gratuita

A Defensoria Pública concede o benefício da assistência judiciária, mediante análise da situação econômico-financeira do interessado, verificando se ele possui patrimônio suficiente para arcar com as despesas necessárias para demandar em juízo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Deferido o benefício, postula ao juízo a concessão do

benefício da justiça gratuita, cujos requisitos exigidos serão examinados pelo juiz da causa.

O advogado privado, para exercer a advocacia *pro bono*, deve igualmente fazer a mesma verificação, tanto para parar de aceitar a prestação da assistência judiciária quanto para requerer o benefício da justiça gratuita. Quando não esteja prestando advocacia *pro bono*, o advogado privado, mesmo sendo remunerado por seus serviços, pode requerer ao juiz a concessão do benefício da justiça gratuita, porquanto seu cliente pode ter condições de remunerar seu advogado, mas não de custear as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O que não se admite é que o pedido de benefício da justiça gratuita seja feito com base em declaração falsa de não dispor o interessado de recursos econômico-financeiros para custear as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Quem encaminha o pedido ao juiz, ao menos nas demandas que exigem a representação por profissional da advocacia, é o advogado, a quem cabe encaminhá-lo apenas se o interessado realmente cumprir os requisitos para a obtenção do benefício. Caso contrário, o advogado não pode encaminhar o pedido, porquanto o novo Código de Ética e Disciplina da OAB, expressamente, no artigo 6, assim como o anterior o fazia, também no artigo 6, estabelece que é “defeso ao advogado expor os fatos em Juízo ou na via administrativa falseando deliberadamente a verdade e utilizando de má-fé”. Se encaminhar o pedido, que sabe infundado, incorre o advogado na infração ao disposto no citado artigo 6 do Código de Ética e Disciplina da OAB, pelo que deverá responder perante o órgão disciplinar do Conselho Seccional competente.

Também o novo Código de Processo Civil, no artigo 77, assim como também o fazia o CPC de 1973, estabelece como deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo: “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (inciso I) e “não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (inciso II). Mais adiante, no artigo 79, prescreve responsabilidade por perdas e danos àquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente, considerando litigante de má-fé aquele que: “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” (inciso I) e “alterar a verdade dos fatos” (inciso II).

Em consonância com tais disposições, o novo CPC estabelece que, se revogado o benefício antes concedido, “a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita na dívida ativa” (art. 100, parágrafo único). Transitando em julgado decisão que revoga o benefício, “a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei” (art. 102). Não efetuado o recolhimento, “o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se de autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida, pela parte, enquanto não efetuado o depósito” (art. 102, parágrafo único).

Percebe-se que o novo CPC não é condescendente com a pessoa que, sem ter direito, postula o benefício da justiça gratuita. Prevê sanções processuais, como multa no caso de litigância de má-fé e ônus para o caso de recolher os valores correspondentes às despesas, de cujo adiantamento foi dispensada.

5. O papel do Juiz na apreciação do pedido de justiça gratuita

O papel do advogado e do Defensor público, nos casos em que a parte não está autorizada a postular em juízo diretamente, é extremamente importante no controle pré-processual dos pedidos do benefício de justiça gratuita, porquanto podem e devem aferir a situação econômico-financeira do assistido. Concluindo que o cliente ou assistido não faz jus ao benefício, não pode apresentar o pedido ao Juízo. Se o fizerem, incorrem na violação dos deveres de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” e no de “não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”. Violam também proibição de “expor os fatos em Juízo ou na via administrativa, falseando deliberadamente a verdade e utilizando de má-fé”.

Nas hipóteses em que ficar evidente que o advogado ou Defensor público formularam o pedido de justiça gratuita, destituídos do fundamento fático verdadeiro, cabe ao Juiz não apenas denegar o pedido, mas

também comunicar o fato aos respectivos órgãos disciplinares para a adoção das providências pertinentes.

Nos casos em que vier a ser revogado o benefício antes concedido, cabe ao juiz exigir o fiel cumprimento do disposto no artigo 102 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

6. Conclusão

A título de conclusão, cabe iniciar com a transcrição parcial de um voto proferido numa demanda judicial, que poder ser paradigmática.

Eis o caso:

“O CASO CONCRETO

Boa parte da distorção vivenciada pela jurisdição brasileira pode ser verificada no caso concreto.

O autor, advogado, ajuizou – valendo-se da gratuidade da justiça – uma ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com indenização por danos morais, contra a agravada Claro, empresa de telefonia, negando relação contratual com esta, pelo que seria indevido o débito inscrito de R\$ 297,70.

Veja-se que essa é uma típica ação a ser ajuizada no âmbito do Juizado Especial cível, mais rápido e célere, sem qualquer custo, embora sem sucumbência na primeira fase. No entanto, houve opção de ajuizamento da ação na conflagrada e custosa Justiça Comum.

O Juízo agravado proferiu a seguinte decisão:

(...).

Defiro os benefícios da AJG. No dia 14/10/2014, o Poder Judiciário, em parceria com a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério

da Justiça, lançou projeto denominado ‘Solução Direta Consumidor’, objetivando solução alternativa de conflito de consumo, evitando-se, assim, o ajuizamento de um processo judicial. Sabido e notório que o Poder Judiciário não tem mais condições, tampouco pode ser a primeira e única porta de resolução de conflitos de interesse massificados. Está mais do que na hora de mudar a cultura da judicialização de todos os fatos que ocorrem em sociedade. A tentativa de solução prévia de eventual conflito, em fase pré-processual, é conduta a ser restabelecida culturalmente e juridicamente, sendo extremamente positivo o Projeto em questão para tal resgate. Nessa senda, em entendendo este juízo que o ‘Projeto Solução Direta’ se mostra deveras útil à administração de conflitos, se mostrando facilitador para uma rápida resolução do interesse das partes, indo ao encontro da única tendência capaz de evitar o engessamento ainda maior do Poder Judiciário, qual seja, a existência de tentativa de resolução extrajudicial, tenho que o processo merece ficar suspenso pelo prazo de 30 dias, a fim de que a parte demonstre que tentou resolver a questão administrativamente. (...);

A primeira pergunta que se impõe é: a referida decisão afronta o que vem decidindo as recentes decisões do STF e do STJ, ou seja, exigindo demonstração de prévia tentativa extrajudicial de composição como condicionante da existência de pretensão resistida?

Tenho que absolutamente não.

(...)

O Judiciário deve intervir por exceção, quando demonstrado minimamente essa necessidade. Em lugar algum no mundo dito ‘desenvolvido’ existe a situação aqui verificada, onde por qualquer coisa, de qualquer forma, quase sempre sem nem um custo, possível é ajuizar um processo judicial.

Passa da hora de construir-se algo diferente. Isso não só com a ideia de preservação do Princípio da Racionalidade, mas também, e, principalmente, de viabilidade e efetividade do sistema, até porque a outra opção (e isto é questão apenas de tempo) é muito pior: a absoluta conflagração do sistema judicial.

VOTO, assim, pelo desprovimento do recurso, mantendo a decisão agravada. ”

Esse foi o voto, transcrito parcialmente, do Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, acompanhando o voto do Desembargador redator, contra o voto da Presidente relatora, Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira, negou provimento ao recurso de agravo de instrumento (nº 70063985626 – número CNJ 0083940-28.2015.8.21.7000) do consumidor, advogado em causa própria, beneficiado com a justiça gratuita, que optou por ajuizar demanda na Justiça Comum, sem, antes, tentar a conciliação pelo Projeto “Solução Direta”.

Como visto, o voto toca numa questão crucial: exigir ou não a comprovação de prévia tentativa de conciliação para configuração do interesse (necessidade) a justificar o ajuizamento de demanda judicial. Outra questão evidenciada no voto, especificamente na parte transcrita da decisão de primeiro grau, mas que não chegou a chamar a atenção dos julgadores, diz respeito ao benefício da justiça gratuita que foi concedido pelo órgão de primeira instância ao autor, que é advogado.

Quanto à primeira questão, ainda que não se pudesse adotar a tese de que todo autor deva, para demonstração do interesse (necessidade) no ajuizamento da demanda, comprovar que tentou previamente a conciliação ou negociação com a parte contrária para solucionar o conflito, indiscutivelmente, o Estado deve possibilitar a todos os cidadãos a oportunidade de solução consensual do conflito antes da judicialização da questão. Aliás, o parágrafo 2º do artigo 3º do novo CPC prescreve que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Também o parágrafo 3º do mesmo artigo, referindo-se à conciliação, à mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos, estabelece que devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, durante o curso do processo judicial, mas também antes da judicialização do conflito.

No tocante a outra questão, a da concessão do benefício da justiça gratuita, cabe observar que foi deferida pelo juízo de primeiro grau, sem qualquer fundamentação ou questionamento sobre o estado de hipossuficiência do autor-advogado. Mesmo havendo grande preocupação com o congestionamento do Poder Judiciário, observa-se, pelo caso citado, que a questão do controle da concessão do benefício da justiça gratuita não tem atraído o interesse da jurisprudência. Nem da

doutrina! Enquanto isso, o que se vê é a banalização do benefício da justiça gratuita. Mesmo não sendo hipossuficientes, muitos advogados, magistrados, médicos, comerciantes, profissionais liberais, quando em juízo, pedem o benefício; tentam, sem qualquer pudor, obtê-lo, já que nada custa pedir.

No entanto, trata-se de tema que merece a atenção da jurisprudência e da doutrina, de modo a criar uma cultura ética por parte dos jurisdicionados e, sobretudo, dos advogados para não mais formularem requerimento do benefício da justiça gratuita de que saibam ser infundado. Também, por parte dos magistrados, para que examinem adequadamente todo pedido de benefício da justiça gratuita, bem como a respectiva impugnação ofertada pela parte contrária, proferindo decisão de acolhimento ou rejeição, sempre fundamentada nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, do novo CPC. Certamente, prestarão relevante contribuição para desestimular o ajuizamento de demandas desnecessárias, bem como a interposição de recursos contra decisões de concessão ou de negação do benefício, quando infundados os pedidos. Essa postura de maior controle no pedido e na concessão do benefício da justiça gratuita certamente significará importante contribuição para descongestionar os órgãos do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Ed. Paz e Terra, 1995, 4. ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo – Rio de Janeiro

_____. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça, Trad.* Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998

DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Rogério Nunes. *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça cível brasileira*, Brasília, julho de 2011.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. *Apresentação de trabalhos acadêmicos: normas e técnicas*. Petrópolis: Vozes, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e proposta*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010

PADUA, Elisabete Matallo Marchesini de. *Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática*. 17. ed. Campinas, SP: Papirus, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Ética e estatuto jurídico da magistratura nacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/79 – LOMAN*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

BARBOSA, Cláudia Maria. *Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução*. Curitiba, 2010.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a resolução nº125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código do processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. [et al.]. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

100 Maiores Litigantes 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas_judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/36-197-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Relatório sobre o Seminário Justiça em Números – 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/relat_seminario_jn2010_dpj.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Causas do Progressivo Aumento de Demandas Judiciais Cíveis Repetitivas no Brasil e propostas para sua solução. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_seminario_jn2010_dpj.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2015.

O Acesso à Justiça e a Defensoria Pública – breves notas sobre a evolução institucional

Davi Eduardo Depiné Filho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A institucionalização do serviço público; 3 – O cenário pós-CF/88; 3.1 – Destinatários do serviço; 3.2 – Demanda alcançável; 4 – As emendas constitucionais de reforço; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A figura do tripé processual é a que mais comumente ilustra o funcionamento do sistema de justiça e lhe confere uma presunção de potencial equilíbrio na busca de soluções adequadas aos conflitos submetidos ao Poder Judiciário.

A igualdade entre as partes e a imparcialidade do magistrado formam o terreno em que se assenta a credibilidade da própria função jurisdicional do Estado. Confia-se na justiça, pois ela não parte de conceitos preconcebidos, não diferencia pobres e ricos, influentes e inexpressivos. Seja na esfera criminal, seja na esfera cível, a decisão judicial impõe-se pela sua isenção.

¹ Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Defensor Público-Geral do Estado (biênio 2016-2018).

Tal premissa, no entanto, para além do plano teórico, apresenta-se frágil quando sopesada com a realidade social brasileira. Segundo dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em 2014 o país ainda possuía cerca de 8 milhões e 200 mil pessoas na condição de indigência ou pobreza extrema e 26 milhões de pessoas pobres, com renda suficiente para tão somente adquirir a alimentação mínima necessária para a sobrevivência.² Nessa perspectiva, em que a obtenção de recursos para a alimentação cotidiana é o foco quase exclusivo do indivíduo, sequer se cogita da justiça enquanto um serviço público acessível, salvo quando esse ingresso ocorre de forma passiva, via de regra pelo acesso involuntário à justiça criminal.

Como destaca Boaventura de Souza Santos, em referência ao basilar estudo feito por Mauro Cappeletti e Bryant Garth,³ um dos obstáculos ao acesso à justiça é de ordem socioeconômica, com diversas ramificações, que compreendem desde o conhecimento acerca da possibilidade de utilização do serviço estatal à distância física, em especial nas grandes metrópoles, onde o serviço é dispensado.⁴

2. A institucionalização do serviço público

A prestação de assistência judiciária gratuita no país remonta às Ordenações Filipinas e mesmo após a proclamação da República continuou figurando não como um dever estatal, mas como uma atividade honorífica, gratuita, a ser prestada de forma compulsória pelos

2 <http://www.ipeadata.gov.br> (acesso em: 10/07/2016).

3 *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

4 “Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo um problema jurídico. (...) Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. (...) Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de facto tomada. Quanto mais baixo é o extrato socioeconómico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994, p. 148-149.

advogados.⁵ Muito embora a obrigatoriedade de implementação desse serviço na estrutura governamental tenha surgido pela primeira vez com a Constituição de 1934,⁶ muitos Estados e a própria União não implementaram, durante longo período, organismos destinados à realização da atividade.

No Estado de São Paulo, o primeiro serviço estatal voltado à prestação de assistência judiciária foi instituído em 1935,⁷ substituído em 1947 pela Procuradoria de Assistência Judiciária, criada através do Decreto-Lei nº 17.330, de 27 de junho de 1947, dentro da estrutura da Procuradoria Geral do Estado.⁸

Com o advento da Constituição Federal de 1988, incorporou-se o panorama traçado por Cappelletti e Garth, isto é, um mecanismo de acesso à justiça não restrito às demandas individuais e às soluções judiciais de conflitos, incluindo-se no bojo das garantias fundamentais do indivíduo a *assistência jurídica integral e gratuita*, e simultaneamente institucionalizando a Defensoria Pública como instrumento de efetivação, enquanto ente estatal, daquela prerrogativa de cidadania.

Nessa perspectiva, o dever do Estado adquire maior complexidade, mas também maior efetividade. Para além da provocação do Poder Judiciário ou do exercício da defesa junto a essa esfera, cumpre ao Estado assegurar aos indivíduos tidos como necessitados os instrumentos necessários ao conhecimento de seus direitos e as mais variadas formas para sua proteção e efetivação, transcendendo a resposta judicial. Soluções extrajudiciais, atendimento multidisciplinar, tutela de interesses coletivos e difusos, educação em direitos, fomento à participação social na construção de políticas públicas são derivações do direito fixado no

5 MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontanelle Teixeira da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

6 Art. 113, n° 32: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

7 Lei Estadual nº 2.497/1935.

8 MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontanelle Teixeira da. *Assistência judiciária...*, p. 91-93.

rtigo 5º, LXXIV e do instrumento previsto no artigo 134 da Constituição Federal.⁹

O modelo de assistência jurídica gratuita previsto pela Constituição Federal, de estruturação obrigatória pelo Poder Público, no entanto, não impede a existência de formas privadas de prestação do serviço (práticas jurídicas em faculdades de direito, advocacia *pro bono*), mas exige que o investimento estatal nessa seara se dê por intermédio da Defensoria Pública.

Essa é a dicção do artigo 4º, § 5º da Lei Complementar federal nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/09¹⁰ e foi esse o entendimento cristalizado no julgamento da ADI 4163/SP pelo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Cezar Peluso, de cujo voto se extrai:

“É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como **o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência**. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República. Não pode o Estado de São Paulo, sob o pálio de convênios firmados para responder a situações temporárias, furtar-se ao dever jurídico-constitucional de institucionalização plena e de respeito absoluto à autonomia da Defensoria Pública.”¹¹

9 Nesse sentido é o destaque feito por Tiago Fensterseifer, que aponta que “o acesso à justiça, a partir do novo marco constitucional estabelecido em 1988, não se confunde com acesso ao Poder Judiciário, de modo que a ‘assistência jurídica’ (e, portanto, não mais apenas ‘assistência judicial ou judiciária’) extrapola o espectro judicial para ampliar o âmbito de tutela de direitos das pessoas necessitadas, somando-se a essa salvaguarda diversas práticas de ordem extrajudicial, inclusive na seara da educação em direitos.” FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

10 Art. 4º, § 5º. A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.

11 STF, ADI 4163/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29/02/2012, DJe-040, p. 01/03/2013 (inteiro teor em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3451439>)

3. O cenário pós-CF/88

O modelo público,¹² eleito pelo constituinte de 1988 para o formato de prestação de assistência jurídica estatal, pressupõe a efetiva instalação da Defensoria Pública nas esferas federal e estadual, mediante a estrutura suficiente para o alcance da demanda por acesso à justiça. Contudo, à medida que a gama de serviços embutidos no conteúdo do direito preconizado pelo inciso LXXIV do artigo 5º da CF tornou-se mais complexa, a métrica da relação entre *capacidade de atendimento e demanda alcançável* também adquiriu um novo contorno.

Ao lado do texto constitucional, a legislação federal passou a refletir esse espectro ampliado do perfil institucional. Nesse sentido, a reforma da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), promovida pela Lei nº 11.448/2007, repercutiu o que a jurisprudência e diversas leis orgânicas das Defensorias Públicas Estaduais já contemplavam, prevendo expressamente a instituição como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública, inclusive na defesa de direitos difusos.¹³

Mais recentemente, a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, previu a Defensoria Pública como legitimada para a propositura de mandado de injunção coletivo, *quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados*.¹⁴

Com o campo cada vez mais amplo do acesso à justiça, dois aspectos relevantes orbitam o balanceamento que deve nortear a atuação da Defensoria Pública.

12 Sobre o modelo público: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso...*, p.39-43.

13 Em 07 de maio de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou improcedente a ADI 3943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que questionava a constitucionalidade da legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública envolvendo direitos difusos, afirmando, consoante o voto da Min. Cármen Lúcia, que “a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça” (inteiro teor do acórdão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>).

14 Art. 12, IV, da Lei nº 13.300/16.

3.1. Destinatários do serviço

O primeiro deles diz respeito à não universalidade do serviço estatal de assistência jurídica gratuita, tendo em vista o teor do próprio dispositivo constitucional, que ao seu final tenta esclarecer a quem o direito se destina: *aos que comprovarem a insuficiência de recursos*.¹⁵

Esse recorte não foi regulamentado posteriormente à Constituição Federal, adotando-se, como regra, o raciocínio ainda previsto na Lei nº 1.060/1950, reiterado recentemente no novo Código de Processo Civil, que entende necessitado aquele que não pode arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios.

A defasagem dessa conceituação é evidente, uma vez que o dispositivo legal trata tão somente dos benefícios da justiça gratuita (isenção de custas e emolumentos) e da assistência *judiciária* (acompanhamento processual por profissional capacitado), que embora estejam abrangidos pela assistência jurídica integral, com ela não se confundem.

De outra senda, a legitimação da Defensoria Pública para o manejo processual de mecanismos de proteção de interesses coletivos e difusos torna impossível o estabelecimento de um critério rígido, considerando o alcance subjetivo ampliado desses mecanismos. O mesmo vale para a atuação desvinculada de demanda concreta, como ocorre na educação em direitos e em outras intervenções de caráter político previstas pela legislação de regência.

Também se sustenta a possibilidade de consideração da *vulnerabilidade social* ou da *necessidade organizacional*.¹⁶ Por esses conceitos, considerar-se-ia necessitado todo aquele que se encontrasse em uma posição de desvantagem, suficiente para acarretar um desequilíbrio na

15 Art. 5º, LXXIV, da CF: “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

16 Para Ada Pellegrini Grinover, consoante parecer apresentado no bojo da ADI 3943, “existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.” (íntegra disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf, acesso em 10/07/2016)

relação processual ou em um contexto social, incluindo-se, portanto, categorias ou grupos demográficos que sofrem maior dificuldade para a efetivação ou proteção de seus direitos. É o caso de grupos socialmente vulneráveis ou de minorias que não contam com igualdade de direitos – como mulheres em situação de violência doméstica ou sexual, população em situação de rua, público LGBT, cidadãos vítimas de racismo ou xenofobia, pessoas com deficiência, entre outros.

Tal construção, muito embora traga a vantagem de uma conceitualização aberta, permitindo uma análise diante de cada contexto, também enseja a dificuldade de visualizar, de forma objetiva, o foco de atuação institucional.

Na prática, no entanto, esse tema desperta intensos debates, especialmente em relação às demandas individuais. A referência ao teto de 3 (três) salários mínimos adquiriu, com o passar do tempo, característica de norma consuetudinária, tendo algumas Defensorias Públicas, como a do Estado de São Paulo, regulamentado a questão por ato interno.¹⁷

Cumprida à Defensoria Pública clareza sobre quem é o seu usuário, mas também é direito do potencial usuário saber, previamente, se poderá ou não ser atendido pela instituição. Nesse sentido, a fixação de critérios objetivos, desde que possam ser excepcionados caso a caso, permite um balizamento mais adequado ao serviço público, que, dada a sua capilaridade e necessária impessoalidade, exige a observância de parâmetros que evitem distorções e relativismos excessivos.

3.2. Demanda alcançável

O segundo aspecto a ser observado diz respeito à *demanda reprimida*. Como ressaltado inicialmente, um obstáculo que ainda permanece ao acesso à justiça afeta, sobremaneira, a parcela mais vulnerável

17 A Deliberação nº 89, de 08 de agosto de 2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo estabelece como parâmetro máximo de atendimento a renda mensal familiar de 03 (três) salários mínimos. Esse critério, no entanto, pode ser ampliado e excepcionado diante de condições de vulnerabilidades específicas, mediante a análise do caso concreto. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&cidModulo=5010>.

da população, que sequer tem ciência ou contato com os instrumentos postos à disposição para a proteção ou efetivação de seus direitos.

Nos grandes centros urbanos, essa dimensão invisível¹⁸ desponta, por mais contraditório que pareça, ainda mais evidente. As estruturas judiciárias estão distantes e assim também se localizam as instituições orbitárias, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. E, como regra, quão mais pobre e populoso é determinado bairro ou comunidade, menor é a facilidade de acesso a serviços públicos tidos como essenciais.

À medida que o serviço de assistência jurídica vai sendo ampliado e capilarizado, ainda que de forma eventual, através de atendimentos móveis¹⁹ ou em espaços estranhos ao Poder Judiciário,²⁰ essa demanda invisível vem à tona, evidenciando a arquitetura insuficiente e inadequada da distribuição da justiça.

O dilema que surge envolve também a limitação do próprio Poder Judiciário, que não teria condições de absorver essa demanda caso os diques que a contém sejam rompidos. Por esse motivo, ao lado de um avanço da Defensoria à periferia dos grandes centros urbanos, deve acompanhá-la a ênfase na educação em direitos e, em especial, a possibilidade de fixação, na própria comunidade, de equipamentos de resolução de conflitos, de forma alternativa à resolução judicial, buscando romper a força gravitacional que exerce o Poder Judiciário.

18 Boaventura de Souza Santos ressalta outro aspecto dessa dimensão, ao qual denomina de *procura suprimida*. Segundo o autor, “é a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. (...) Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada.” *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 37-38.

19 A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, desde o ano de 2011, possui um veículo para a realização de atendimentos fora dos prédios institucionais, com toda estrutura necessária para a atuação dos Defensores Públicos e acolhimento dos usuários, realizando atividades aos finais de semana e, inclusive, no período noturno.

20 Desde a instalação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo firmou-se parceria entre a instituição e a Secretaria de Justiça do Estado para a atuação junto aos Centros de Integração da Cidadania, localizados na periferia da capital, sua região metropolitana e cidades do interior.

4. As emendas constitucionais de reforço

Originalmente, a Defensoria Pública surge com a Constituição Federal de 1988 já como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e com o escopo ampliado diante da feição anterior desse serviço estatal.

Mas desprovida de autonomia administrativa e funcional, o exercício do mister institucional limitava-se à atuação do Poder Executivo, por vezes colidente com o interesse daquele que buscava o acesso à justiça, uma vez que a pretensão poderia se dirigir contra o próprio ente estatal.

Nesse contexto, no bojo da chamada “Reforma do Judiciário”, estabeleceu-se na Emenda Constitucional nº 45 de 2004 a prerrogativa de as Defensorias Públicas Estaduais não se submeterem, no exercício de suas atribuições e no desempenho das atividades administrativas necessárias ao seu adequado funcionamento, ao controle ou supervisão do Poder Executivo. Como afirma Julio Grostein, “esse caráter autônomo se justifica pela necessária isenção da instituição, que deve empreender esforços para atingir seus objetivos, ainda que em face do Poder Público”.²¹

Também por esse motivo, estabeleceu o constituinte reformador a iniciativa da proposta orçamentária pela própria instituição, permitindo maior liberdade na seleção das prioridades de atuação e indicação dos recursos financeiros necessários.

Por óbvio que tais autonomias não suprimem da instituição a necessária observância aos limites legais e aos órgãos e instrumentos de controle estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. A previsão dessas garantias possui inequívoco viés instrumental, pois não se destinam à mera elevação do status orgânico-normativo da instituição, mas, sim, ao melhor cumprimento da função que lhe foi atribuída constitucionalmente.

A importância da autonomia da Defensoria Pública vem, inclusive, sendo reforçada por reiteradas manifestações da OEA – Organização dos Estados Americanos, que em quatro seguidas resoluções exorta os

21 GROSTEIN, Julio. Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: comentários à lei complementar estadual nº 988/06. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 31-32.

Estados membros a adotarem o modelo de Defensoria oficial, provido da indispensável autonomia para desempenho de seu mister.²²

Também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a autonomia das Defensorias Públicas Estaduais ostenta amplo respaldo jurisprudencial, como se verifica através dos diversos precedentes da Corte que afirmam a inconstitucionalidade de leis estaduais que vinculam a Defensoria Pública a determinada Secretaria de Estado, tolhendo a garantia institucional estabelecida pela Constituição Federal.²³

Embora após um intervalo de oito anos, as Emendas Constitucionais nº 69/2012 e 74/2013 corrigiram a distorção existente entre as Defensorias Públicas Estaduais, cuja autonomia é reconhecida desde 2004, e as Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União, uniformizando o tratamento institucional no âmbito da Constituição Federal.²⁴

Mais recentemente, importante reforço estruturante foi estabelecido com a Emenda Constitucional nº 80/2014, que alterou o Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça), do Título IV (Da Organização dos

22 AG/RES. 2656 (XLI-O/11), aprovada em 07/06/2011; AG/RES. 2714 (XLII-O/12), aprovada em 04/06/2012; AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), aprovada em 05/06/2013; AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), aprovada em 04/06/2014.

23 Nesse sentido, ADI 3569 / PE - Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 02/04/2007: “I. Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública Estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. 1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública à Secretaria de Estado. 2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. II. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC est (PE) 20/98: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - malgrado o dissenso do Relator - que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 2. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes.”

24 A EC nº 74/2013 é objeto da ADI 5296, que questiona suposto vício de iniciativa. A liminar pleiteada, no entanto, foi negada em 18 de maio de 2016 pelo pleno do STF (nesse sentido: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316898>).

Poderes), e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Além de norma programática estabelecendo a necessidade de integral instalação da Defensoria Pública nas unidades jurisdicionais no prazo de oito anos,²⁵ a norma constitucional passou a explicitar, a partir da Emenda 80/14, o foco ampliado de atuação institucional, abrangendo a promoção dos direitos humanos em caráter genérico e reforçando suas atribuições na defesa de interesses coletivos, concretizando, destarte, a visão contemporânea sobre o alcance do direito de acesso à justiça.²⁶

A referida emenda também estendeu à Defensoria Pública prerrogativas do Poder Judiciário, entre as quais a iniciativa de lei relativamente a temas envolvendo a própria estrutura administrativa e funcional, sedimentando, assim, o preceito da autonomia institucional e sua importância como instrumento de efetivação do regime democrático.²⁷

5. Conclusão

Nesse breve olhar retrospectivo sobre o direito de acesso à justiça e sobre a instituição à qual se atribuiu o papel de instrumentalização desse direito, constata-se que o surgimento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituída pela Lei Complementar estadual nº 988,

25 Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

26 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

27 Art. 134. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”(NR)

de 09 de janeiro de 2006, reflete com nitidez os avanços principiológicos, normativos e doutrinários em torno do tema.

A lei paulista, já repercutindo o alcance da autonomia institucional promovida dois anos antes pela Emenda Constitucional nº 45/04, foi referência para a atualização da lei orgânica nacional da Defensoria Pública, ocorrida através da Lei Complementar 132/2009. Diversos institutos contemplados pela legislação bandeirante, em especial o modelo de Ouvidoria, integrada por Ouvidor externo, foram assimilados como regra geral, assim como o rol ampliado de atribuições funcionais, conferindo maior concretude à ideia de *assistência jurídica integral*.

Essa evolução percebida a partir da LC 988/06, que além de incorporar também impulsionou diversos avanços, tem como origem e fonte a Procuradoria de Assistência Judiciária, antigo órgão da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, ambiente onde não apenas o exercício cotidiano do dever estatal de conferir acesso à justiça ocorria, mas onde se cultivava a busca por soluções mais adequadas aos dramas vivenciados pela população vulnerável.

Foi na Procuradoria de Assistência Judiciária, berço dos primeiros integrantes da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que o estudo do direito à assistência jurídica enquanto serviço estatal robusteceu-se em território nacional. A nova roupagem adquirida através da Constituição Federal de 1988 e os aprimoramentos realizados desde então decorrem, em boa parte, do empenho de centenas de Procuradores do Estado que, ao longo de quase 60 anos, dedicaram suas vidas profissionais a serviço das pessoas socialmente excluídas ou desfavorecidas, efetivando o direito à igualdade no que toca à preservação dos direitos básicos de todo e qualquer cidadão.

A efetiva instrumentalização do direito de acesso à justiça ainda continua em marcha. A busca por mecanismos que permitam maior alcance de usuários, com dispêndio menor de recursos públicos, é um enorme desafio que envolve desde a utilização mais frequente de instrumentos alternativos de solução de conflitos, até a utilização de recursos tecnológicos que permitam aproximar o usuário do serviço público. Nessa trajetória de superação de obstáculos, a Defensoria Pública é um

instrumento fundamental, um direito que salvaguarda outros direitos, em busca de uma sociedade menos desigual e mais justa.

Referências bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que conferiu legitimidade à Defensoria Pública para a ação civil pública. In: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf>, acesso em: 10/07/2016.

GROSTEIN, Julio. *Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo: comentários à lei complementar estadual nº 988/06*. São Paulo: Juspodivm, 2014.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontanelle Teixeira da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994.

_____. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

O julgamento parcial de mérito no novo CPC

Américo Andrade Pinho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – As fases processuais e a conduta do juiz; 3 – O julgamento parcial de mérito; 3.1 – Novidade do CPC/2015?; 3.2 – Hipóteses de cabimento; 3.2.1 – Pedido(s) incontroverso(s); 3.2.2 – Pedido(s) em condições de imediato julgamento; 3.3 – A natureza da decisão e o recurso cabível; 3.4 – O cumprimento da decisão; 3.5 – O cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O filósofo grego Plutarco pontificou que o “tempo é o mais sábio dos conselheiros”.

A indiscutível exatidão do aforisma, haurida da própria simplicidade de sua construção, empresta-lhe valioso conteúdo humanístico. Todavia, essa lição não pode ser aplicada ao processo civil na sua inteireza, pois o retardamento do desfecho de determinada relação processual implica a postergação da solução do conflito de interesses que lhe é subjacente.

O tempo, sabe-se, é algo pernicioso ao processo. Por essa razão deve ser combatido, dentro dos limites ditados pelas garantias fundamentais

¹ Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

aplicáveis ao processo civil, até porque a celeridade, ela mesma, não é o valor absoluto a ser perseguido com exclusividade.²

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) prevê *técnicas processuais* destinadas a acelerar a prestação da tutela jurisdicional *quando assim afigurar-se possível*, o que deflui da garantia constitucional do processo sem dilações indevidas, segundo a qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, LXXVIII, CF).

Mas as técnicas processuais servem não só à celeridade, como também à efetividade, para que a finalidade precípua do processo seja alcançada em sua inteireza, *reconhecendo-se* e, mais do que isso, *satisfazendo* a pretensão da parte que, à luz do direito material aplicável, tem razão.³

Não por acaso o artigo 4º do CPC/2015 – inserido em seu alentadíssimo capítulo inaugural, destinado às “normas fundamentais do processo civil” – ao *aparentemente* reproduzir o conteúdo da norma constitucional citada, vai além, dispendo, de modo significativo, que o direito da parte em obter em prazo razoável a tutela jurisdicional engloba a *solução integral do mérito*, aqui incluída a *atividade satisfativa*.

2 “O decurso do tempo, inevitavelmente, conduz ao agravamento da situação conflitiva. Mais relevante, porém, é a sensação de frustração e descrédito que causa nos jurisdicionados. A ciência processual possui hoje o desafio de superar tal dificuldade na mesma medida em que deve zelar por uma correta e eficiente administração da justiça. O Direito Processual brasileiro, sem afastar-se da teoria e técnica que lhe são inerentes, deve aproximar-se das exigências e necessidades da vida, a fim de que possa ser bem-sucedido na importante tarefa de resgatar a dignidade e o prestígio do sistema jurídico junto à comunidade” (DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20).

3 As ideias aqui tratadas são abordadas, com a profundidade habitual, por José Roberto dos Santos Bedaque: “A técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; b) garantir, seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade. De nada adianta um processo seguro e justo, mas demorado; também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando risco de decisões injustas. É preciso buscar o *tempo razoável* a que se refere o art. 5º, LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77).

Como adverte Leonardo Carneiro da Cunha:

A duração razoável não significa celeridade nem rapidez do processo. O processo há de ser adequado ao caso, com a realização de todos os atos necessários e suficientes à melhor solução possível. A depender do caso, é possível que haja uma demora maior, em respeito ao contraditório e às demais garantias fundamentais do processo. O importante é que não haja dilações indevidas. (...) O texto normativo contido no art. 4º também reforça a aplicação do princípio da efetividade, ao afirmar que as partes têm direito à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Não basta que se profira uma sentença de mérito. É preciso que o direito, além de reconhecido, seja satisfeito, efetivado, cumprido. É preciso, enfim, que haja a efetiva entrega da prestação jurisdicional, com a implementação das medidas adequadas à plena satisfação do direito reconhecido.⁴

Diversas normas do CPC/2015 buscam atender a esse princípio, seja pelo aperfeiçoamento de técnicas já existentes, seja pela criação de novos institutos ou ainda pela supressão de outros sem utilidade, sendo certo que nosso objetivo, neste despretensioso estudo, é verificar os contornos do julgamento parcial de mérito, assim encarado como instrumento que atende e reafirma o compromisso estatal de pleno acesso à ordem jurídica justa, tema tão caro à Dra. Leila Buazar, Procuradora do Estado de São Paulo homenageada neste volume.

2. As fases processuais e a conduta do juiz

Até para fins didáticos, é possível dividir a etapa processual de conhecimento em fases distintas, cada qual caracterizada por uma atividade preponderante, na exata medida em que é comum a prática de atos típicos de uma fase em outra, hipótese ainda mais presente no

4 Art. 4º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (orgs). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35 e 37). No mesmo sentido: “A necessidade de ser prestada tutela adequada e tempestiva ao direito material levou à consagração no Código de Processo Civil (art. 356) da possibilidade de o juiz cindir o julgamento de mérito, semelhante ao que ocorre nos processos arbitrais” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O Novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 332.

CPC/2015, cujo artigo 190 prevê a possibilidade das partes entabularem convenções processuais, com aptidão para implicar mudanças no procedimento, “para ajustá-lo às especificidades da causa” como previsto no citado dispositivo, ou mesmo nos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A divisão da relação processual, considerada em sua inteireza (conhecimento/satisfação), em *etapas*, atende ao modelo de procedimento sincrético inaugurado com a Lei 11.232/2005 e mantido no CPC/2015 (*etapa* de conhecimento/*etapa* de cumprimento de sentença), subdividindo-se cada qual em fases.

Tais fases, em relação à etapa de conhecimento em primeiro grau de jurisdição (que mais interessa a este estudo), costumam ser denominadas pela doutrina como *postulatória*, *ordinatória*, *instrutória* e *decisória*.⁵

A fase decisória, como facilmente se intui, é aquela naturalmente vocacionada ao julgamento da demanda, pois as partes já aí terão exposto os fatos em que apoiam suas *postulações* e já produzido as provas destinadas à prova de tais fatos, *instruindo-se* o processo.

Mas não só nessa fase procedimental pode ser concebido o julgamento de mérito.

Basta apontar a possibilidade de julgamento liminar de improcedência do pedido, ainda que nas hipóteses restritas do artigo 332 do CPC/2015 (incisos I a IV e § 1º), caso em que o processo é extinto em sua fase inicial (postulatória), sem embargo, como é evidente, da possibilidade de interposição de apelação pelo autor.

5 Assim Cassio Scarpinella Bueno (*Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 258). Também na mesma direção apontam, dentre outros, Candido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 130), valendo mencionar interessante concepção dos autores no sentido de nomear de *fases* o que chamamos de etapas e de *subfases*, o que indicamos como fases: “A primeira fase desse procedimento complexo e sincrético é a *fase de conhecimento*, que tem por objetivo preparar e produzir julgamentos *de mérito* e é a que mais se presta à divisão em *subfases*, nas quais o legislador procura, na medida do possível, agrupar os atos que compõem o procedimento. Essas subfases são a *postulatória*, a *ordinatória*, a *instrutória* e a *decisória*” (idem, ibidem). Ressalvam, de todo modo, que “a doutrina continua a tratá-las como *fases*, e esse senão terminológico não prejudica em nada a boa compreensão do sistema” (idem, p. 131).

Em outros casos é possível o julgamento de mérito após superada a fase postulatória, no âmbito da fase *ordinatória* ou *de saneamento*, que é inaugurada com a previsão de providências preliminares a cargo do juiz (artigos 347 e 353 do CPC/2015).⁶

Tais providências serão determinadas, inicialmente, pela postura do réu: se revel, ainda assim o autor poderá produzir provas de suas alegações (art. 348), mas a rigor apenas se a revelia não produzir seus efeitos em razão da presença de alguma das hipóteses do artigo 345, como, por exemplo, nos casos em que as alegações do autor forem inverossímeis (inciso IV).

Se, diferentemente, tiver havido contestação com veiculação de defesa processual (art. 351) ou de mérito (art. 350), ao autor será franqueada a possibilidade de manifestação (réplica).

Ainda no âmbito de tais providências preliminares é iniciada a típica atividade de *saneamento* do processo, sendo *dever* do juiz, diante da existência de irregularidades ou vícios *sanáveis*, determinar sua correção em prazo que vier a definir, mas nunca superior a trinta dias (art. 352).

Superadas tais providências, “a etapa de saneamento defrontará encruzilhada decisiva. O prosseguimento ulterior do feito somente se justifica quando útil e necessária atividade processual suplementar”.⁷

Caberá ao juiz, aqui, verificar inicialmente se é caso de julgamento conforme o estado do processo, que se divide em três modalidades a seguir indicadas com maior vagar, ou se, afigurando-se necessário o prosseguimento do processo com seu avanço na fase instrutória, definir que providências devem ser adotadas, ultimando-se, nesses casos, os atos típicos de saneamento antes já iniciados.

6 Oportuna a ressalva de José Joaquim Calmon de Passos, no sentido de que os atos de saneamento não são exclusivos dessa fase processual: “Ainda hoje se coloca entre os deveres do magistrado velar pelo regular andamento do processo. Essa atividade, que podemos qualificar de *saneadora*, ele a exerce por toda a duração do procedimento e em todas as suas fases, inclusive em todas as instâncias, apenas sofrendo as limitações que decorram de preclusões instituídas pelo sistema, sempre preocupado com obstar que se desvirtue o processo tornando-se um retrocesso. Mesmo no sistema *concentrado*, se há um *momento* particularmente privilegiado para esse fim, jamais fica liberado o julgador de velar por que o procedimento se desenvolva a cavaleiro de nulidades” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III: arts 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 489).

7 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. III. p. 292.

O saneamento e organização do processo segue o *sofisticado* modelo do detalhado artigo 357, fortemente apoiado nos poderes decorrentes da cláusula constitucional do contraditório e do princípio da cooperação (art. 6º) que dela é decorrente, com previsão, basicamente, de: a) resolução de questões processuais pendentes; b) definição dos pontos controvertidos e dispor sobre a distribuição do ônus da prova; c) delimitação das questões de direito relevantes ao deslinde da controvérsia; d) deliberação acerca da produção de prova testemunhal ou pericial, com fixação de cronograma para sua realização; e) designação, se necessária, de audiência de instrução e julgamento; f) solicitação de esclarecimentos ou ajustes pelas partes, ou a submissão à apreciação do juiz, por elas, de acordo versando sobre as questões de direito relevantes ou sobre os fatos a serem provados; g) designação, se necessária, em razão da complexidade da causa, de audiência para saneamento compartilhado.

As hipóteses de julgamento conforme o estado do processo justificam-se porque *impossível* ou *desnecessário* o ingresso na fase instrutória, em duas situações:

a) nos casos de extinção do processo (art. 354), seja com resolução de mérito porque reconhecida a decadência ou prescrição, ou por terem as partes alcançado a autocomposição do litígio ou praticado ato de índole dispositiva, como a renúncia à pretensão (art. 487, II e III), seja sem resolução do mérito, em razão de óbice ao seu conhecimento (art. 485);

b) quando cabível o julgamento antecipado do mérito, cabível nas hipóteses de não ser necessária a produção de outras provas (art. 355).

Há ainda a terceira hipótese, que a rigor não enseja o julgamento do processo, mas sim aglutina duas situações posicionadas pelo CPC/2015, inicialmente, como alternativas excludentes: o juiz, diante da complexidade objetiva da demanda, pode determinar a produção de provas para resolução de questões controvertidas ligadas a um dos pedidos deduzidos ou a parte de pedido único decomponível, e pode, concomitantemente, julgar definitivamente parte do mérito da demanda (art. 356).

É justamente esse *julgamento parcial de mérito* que aqui nos interessa e que será analisado com maior detalhamento nos tópicos seguintes.

3. O julgamento parcial de mérito

3.1. Novidade do CPC/2015?

Assim são redigidos o *caput* e os dois incisos do artigo 356 do Código de Processo Civil:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

O dispositivo é composto, ainda, por cinco parágrafos, que tratam de aspectos práticos ligados à sua operatividade, adiante abordados.

Como bem sintetizado por Candido Rangel Dinamarco:

“o art. 356 do novo CPC brasileiro institui na ordem processual civil brasileira a admissibilidade de julgar antecipadamente uma parte do pedido inicial sempre que um dos capítulos deste reunir condições para esse julgamento e o outro, ou outros, não. No tocante aos capítulos não decididos prosseguirá o processo, mediante a instrução probatória e tudo mais quanto for necessário para o julgamento final”.⁸

Com previsão expressa das hipóteses de cabimento e com detalhamento de seus desdobramentos (liquidação, cumprimento e recorribilidade da decisão), de fato essa técnica processual consubstancia novidade legislativa.

O sabor do ineditismo que, ao menos formalmente, repousa sobre tal figura não se verifica, em sua inteireza, sob o aspecto substancial, na medida em que já era possível ao juiz, à luz do CPC revogado, cindir o julgamento da demanda em certos casos, certificando antecipadamente os direitos já reconhecidos no curso do processo.

Parte relevante da doutrina concebida na fase inicial da vigência do CPC/1973 (mais precisamente antes da segunda onda reformista de

8 O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual vigente. In: *Revista de Processo*, v. 247, set/2015. p. 90.

2001/2002) apegou-se de modo exacerbado à impossibilidade de fracionamento do julgamento do mérito da demanda, forte na concepção de que cada processo comportava apenas uma única sentença, ressalvadas hipóteses excepcionais expressamente previstas (v.g. a ação de prestação de contas).

Como sublinha Luiz Guilherme Marinoni, aludindo ao Código revogado:

Em uma primeira análise, o CPC não permite o fracionamento do julgamento do pedido ou de um dos pedidos cumulados. É que a sua originária estrutura é marcada pelo princípio da unidade e da unicidade do julgamento. Esse princípio quer expressar que o mérito não deve ser resolvido pelo juiz *em partes*, pois seria mais adequado considerar *toda a sua extensão* quando do julgamento. Como consequência lógica, o processo deveria viabilizar somente *uma oportunidade* – uma sentença – para a sua solução.⁹

Tão arraigada era a regra da unicidade do julgamento que Calmon de Passos, no âmbito do julgamento conforme o estado do processo, não admitia sequer a rejeição, por ocasião da decisão saneadora, da arguição de prescrição ou decadência, por entender que em se tratando de matéria de mérito ela deveria ser decidida somente por ocasião da sentença.¹⁰

Digna de registro, como visionária exceção a essa tendência, é a posição doutrinária de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que defendia a possibilidade teórica de conceber-se sentenças parciais, em concepção que, embora praticamente isolada quando originariamente divulgada, ressoa, hoje, como algo de irrecusável clareza:

Com a sentença definitiva, esta a que se dá o nome de sentença parcial também produz coisa julgada e apenas da primeira se distingue por

⁹ *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

¹⁰ Entendia possível o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência por ocasião da fase de saneamento porque, aí sim, proferir-se-ia sentença: “Para nós, o que o Código autoriza é o julgamento antecipado da lide, não o fracionamento do exame do mérito. Assim sendo, se de logo o juiz não pode proferir decisão definitiva ou terminativa, ele deve limitar-se ao saneamento. Julgar antecipadamente a lide não é apreciar parcialmente o seu mérito, em aspectos preliminares, mas de logo oferecer decisão que ponha fim ao processo, com solução do litígio. Esse alcance só pode tê-lo a decisão que acolhe a prescrição. Jamais a que a rejeita” (Op. cit., p. 457).

não encerrar inteiramente o procedimento. Tanto na sentença definitiva quanto na sentença parcial o juiz pronuncia-se sobre o *meritum causae* de tal modo que o ponto decidido não mais poderá ser controvertido pelas partes naquela relação processual e nem o julgador poderá sobre ele emitir um julgamento divergente, nas fases posteriores do procedimento.¹¹

O julgamento antecipado da lide foi tido como relevante inovação do CPC/1973, justamente por abreviar o processo nos casos em que não era necessária dilação probatória maior, mas sua aplicação só era admitida nas hipóteses em que a integralidade do mérito do processo pudesse ser antecipadamente solucionada.

Assim, “na hipótese de haver uma parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados que dependesse de instrução, já não seria mais possível o julgamento antecipado”.¹²

Com o advento da Lei 10.444/2002 foi inserido no artigo 273 do CPC/1973 o parágrafo 6º, segundo o qual “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se, fora de dúvida, da regra jurídica da qual se origina o julgamento parcial de mérito do CPC/2015, ainda que lá sem existência “autônoma” como no novo diploma, mas sim com técnica processual construída como uma das modalidades de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

A construção legal encontrava origem na doutrina então desenvolvida por Luiz Guilherme Marinoni, que, com apoio em técnica processual existente no processo civil italiano, defendia, em sede monográfica,¹³ o reconhecimento antecipado da pretensão deduzida a partir das técnicas da não contestação e do julgamento antecipado de parcela do pedido

11 Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20. Embora inserido nessa coletânea de estudos do autor, o artigo em questão foi originalmente publicado no primeiro trimestre de 1991, no volume número 61 da até hoje essencial *Revista de Processo* (Editora Revista dos Tribunais).

12 DORIA, Rogéria Dotti. *Op. cit.*, p. 117.

13 *Tutela antecipatória e julgamento antecipado* – parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *passim*.

ou de um dos pedidos cumulados, justamente porque “o autor somente pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de demonstração em juízo. Ou melhor: é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido”.¹⁴

Especificamente em relação ao julgamento antecipado parcial e o abandono da citada máxima *chiovendiana*, preconizava o autor:

Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para o julgamento, seja porque diz respeito apenas à matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, justifica a quebra do velho princípio da “unità e unicità dela decisione”.¹⁵

A indicação de que a unicidade da sentença sempre atuou como óbice ao reconhecimento antecipado de direitos incontroversos é ministrada por Rogéria Dotti Doria:

Traçando-se um paralelo, verifica-se que o novo § 6º do art. 273 trouxe para o processo de conhecimento aquilo que já era possível no processo de execução, ou seja, a satisfação da parte do crédito não impugnada. Com efeito, o § 2º do art. 739 permite o prosseguimento da execução em relação à parte não embargada, justamente porque em relação a ela não existe mais discussão. Assim, o credor pode desde logo satisfazer o seu crédito naquela parte em que não houve impugnação por meio de embargos.¹⁶

A antecipação da tutela jurisdicional relativa à parte incontroversa da demanda, portanto, foi a técnica eleita pelo legislador pátrio, mas a solução de relevante questão por parte da doutrina já evidenciava, por assim dizer, a existência do embrião do instituto recém-gerado, analisado neste estudo.

14 Idem, p. 101.

15 Idem, p. 139. Lúcidas as palavras de Marcelo José Magalhães Bonício: “Todavia, neste novo dispositivo, o legislador deu um passo na direção da cindibilidade ou fragmentação da sentença, permitindo a prévia análise de um pedido que não foi impugnado e, em consequência, que este pedido seja tratado de uma forma diferente daqueles que sofreram impugnação, mais condizente com a postura adotada pela defesa, que, com isso, afastou-o da zona de conflito delimitada no processo com a contestação” (Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil, in: *Revista dos Tribunais*, v. 808, fev/2003, p. 74).

16 Op. cit., p. 83.

Com efeito, indagava-se se, proferida decisão com base no artigo 273, § 6º, do CPC/1973, era dado ao juiz, por ocasião da prolação da sentença, ratificar ou rever aquela decisão, como era próprio da sistemática da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

A doutrina dividiu-se entre partidários de resposta negativa e positiva a essa questão, mas a postura mais afinada com os ditames da efetividade processual parece-nos mais correta.

Assim, por exemplo, Flávio Cheim Jorge, Marcelo Abelha Rodrigues e Fredie Didier Jr:

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado.¹⁷

No mesmo sentido Sérgio Cruz Arenhart:

Na realidade, a figura tratada pelo § 6º do art. 273 representa hipótese de decisão final de parte da causa, fundada em cognição exauriente e com conteúdo idêntico ao da sentença (mas apenas parcial). (...) Para a primeira ordem de situações, a decisão “antecipada” com base no § 6º em questão é definitiva, não podendo ser reconsiderada futuramente, com o advento da sentença que, ao final, examinará o restante do(s) pedido(s), que permaneciam controvertidos. A decisão que decide parcialmente a lide é tão estável como a decisão final, transitada em julgado, prevalecendo, até mesmo, a eventual extinção do processo ulterior, por alguma questão processual.¹⁸

Fica claro, então, que aquela modalidade de tutela antecipada se aproximava do julgamento parcial de mérito, como apreendido pela arguta observação de Cassio Scarpinella Bueno:

17 *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

18 A antecipação de tutela e as alterações da Lei n. 10.444/2002, in: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 283-284.

A meu ver, o § 6º do art. 273 cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada. É como se, naqueles casos em que ele tem aplicação, houvesse uma verdadeira *cisão* de pedidos, de parte de um pedido ou *cisão* entre os pedidos cumulados; uma, para usar derivação de expressão consagrada para descrever o fenômeno, verdadeira “*descomulação*”, parcial ou total, de ações (de pretensões ou de pedidos, isto importa menos). O que já é passível de julgamento deve ser julgado; o que não é não se julga ainda, abrindo-se, por isso mesmo, a fase instrutória do procedimento. Dessa premissa é que deve derivar toda a interpretação do dispositivo. Trata-se, pois, de julgamento antecipado *parcial* da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado.¹⁹

Vê-se, pois, que no ambiente cultural próprio do início da década passada foi esse o avanço tido, por assim dizer, como *viável* ao legislador processual reformista, valorizado pela interpretação mais *avançada* levada a efeito, como visto, por parte da doutrina.

Não parece discutível, seja como for, que o artigo 273, § 6º, previa, em última análise, o julgamento parcial do mérito por meio de técnica atrelada aos contornos da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, instituto já então razoavelmente amadurecido, introduzido no cenário processual pátrio havia então oito anos (pela Lei 8.952/1994).

No atual estágio da ciência processual revelou-se possível avanço mais significativo, introduzindo-se por meio do Novo Código de Processo Civil, a partir dos sólidos alicerces já construídos, o julgamento parcial do mérito.

3.2. Hipóteses de cabimento

Prevê o artigo 356 do CPC/2015 duas hipóteses de cabimento do julgamento parcial, ambas aplicáveis, claro, quando houver possibilidade de cumulação de pedidos ou de decomposição de pedido único.²⁰

19 *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

20 A *essência* do julgamento parcial é bem exposta por Heitor Vitor Mendonça Sica: “De fato, a desacumulação de demandas (seja no curso do feito, seja na sentença final) se inspira nos exatos mesmos objetivos que a própria cumulação, ou seja, os princípios da economia e celeridade processuais, os quais hoje encontram, inclusive, assento constitucional. Afinal, não faria sentido que as demandas fossem cumuladas por medida de economia, para que,

Até porque, inexistindo cumulação, a hipótese seria de julgamento antecipado do mérito em sua *integralidade*, com apoio no artigo 355 do mesmo diploma, proferindo-se sentença extintiva da etapa processual de conhecimento em primeira instância.

O julgamento parcial, portanto, pressupõe a possibilidade de acolhimento parcial de pedido único (*decomposição* do pedido) ou a cumulação de pedidos, a partir da singela percepção de que um (ou alguns) deles já pode ser julgado, enquanto que outro(s), por depender de instrução probatória, aguardará(ão) a superação da fase instrutória.

Antes de analisar as duas hipóteses de cabimento, cabe averiguar, a partir da premissa fixada no parágrafo anterior, quais das espécies de cumulação de pedidos comportam aplicação do julgamento parcial, com atenção à circunstância de que “em cumulando várias ações na demanda, o autor visa ao acolhimento conjunto delas, ou, então, uma única dentre elas”.²¹

Desde logo ressalva-se que o pedido a ser apreciado no âmbito do julgamento parcial tanto pode ser *certo e determinado* – que é a regra geral prevista pelo artigo 324 do CPC/2015 – quanto *genérico*, justificada sua formulação excepcional quando presente alguma das hipóteses do parágrafo 1º do mesmo dispositivo (todas ligadas à impossibilidade de determinação da *extensão* do pedido na petição inicial), que usualmente conduz a uma sentença *ilíquida*, o que é expressamente possível no âmbito do julgamento parcial (art. 356, § 1º).

Voltando a atenção para a cumulação, continua aceita, mesmo com o advento do CPC/2015, a classificação comumente aceita pela doutrina, que alude a *cumulação própria*, em que “se formulam vários pedidos, pretendendo-se o acolhimento simultâneo de todos os eles”,²² a qual se subdivide em simples e sucessiva, e a *imprópria*, que admite a

a partir de então, jamais pudessem ser separadas, mesmo que isso importasse em amarrar o andamento de uma por conta das demais” (Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*, v. 255, mai/2016. p. 457).

21 ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 253.

22 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 576.

“formulação de vários pedidos ao mesmo tempo, de modo que apenas um deles seja atendido”,²³ de modo subsidiário ou alternativo.

Na cumulação simples (art. 327), em que há a mera aglutinação de pedidos, de todo cabível o julgamento parcial de um ou alguns pedidos, até porque em regra um não é dependente do outro, embora comumente apoiados na mesma causa de pedir.

Já a cumulação sucessiva caracteriza-se por uma forma diferente de vinculação entre os pedidos, por não se tratar de mera aglutinação, “de tal forma que os posteriores somente possam ser deferidos em caso de procedência também do primeiro pedido”,²⁴ de que é exemplo clássico a ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de fixação de alimentos, ou a demanda que visa à rescisão de contrato com pleito de indenização por perdas e danos.²⁵

Nessas hipóteses, os casos de cumulação sucessiva, contudo, são importantes algumas ressalvas, pois em se tratando, como visto, de pedidos deduzidos de modo sequencialmente ordenado, apenas será possível o julgamento parcial se não impugnado o “primeiro” pedido, julgando-se posteriormente os demais.

Se eventual incontrovérsia recair sobre um dos pedidos “posteriores”, não caberia o julgamento parcial, pois o primeiro pedido haveria de ser resolvido antes, como questão prejudicial do segundo.

23 Idem, p. 577.

24 TJJÁDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 34.

25 Um exemplo dessa hipótese constava do projeto inicial do Novo CPC, que refere a possibilidade de cumular ao pedido de índole possessória o de indenização por perdas e danos ou pelos frutos da coisa (art. 555, I e II) e continha um segundo parágrafo que permitia a cisão do julgamento para imediata concessão da tutela possessória, o qual acabou subtraído ao longo do processo legislativo, conforme *testemunho* de Cassio Scarpinella Bueno: “Havia no Projeto da Câmara um segundo parágrafo que permitia expressamente o julgamento parcial, com a cisão do julgamento em duas etapas: primeiro, a questão possessória, e, depois, as perdas e danos ou indenização pelos frutos. A proposta não foi acolhida pelo Senado na versão final do novo Código de Processo Civil, o que não significa dizer que a hipótese genérica do art. 356 (“Do julgamento antecipado parcial de mérito”) não encontre, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, incidência” (*Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 378)

Na cumulação subsidiária, caracterizada pela possibilidade de formulação de um pedido *secundário* que só será conhecido se não acolhido o pedido indicado como principal (art. 326, *caput*), não parece possível o julgamento parcial de mérito.

Com efeito, se eventual incontrovérsia recair sobre o pedido secundário, ela será irrelevante para fins de aplicação do julgamento parcial, uma vez que a controvérsia pendente sobre o pedido principal fará com que ele seja julgado somente ao final.

Por outro lado, se a incontrovérsia restringir-se ao pedido principal será caso de julgamento antecipado integral do mérito, posto que a rigor reconhecida a pretensão em sua integralidade, desprezando-se a análise do pedido formulado apenas subsidiariamente.²⁶

Por fim, no tocante à cumulação alternativa, segundo a qual o autor deixa ao alvedrio do juiz o acolhimento de um pedido *ou* outro (art. 326, § único), é possível o julgamento parcial de qualquer dos pedidos, justamente por mostrar-se irrelevante ao autor qual será acolhido.

Aclarados tais pontos, analisam-se as duas hipóteses de cabimento previstas na lei processual.

3.2.1. Pedido(s) incontroverso(s)

Prevê o inciso I do artigo 356 que o julgamento parcial é cabível quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso.

A análise do dispositivo revela que sua aplicação tem lugar não apenas nos casos de cumulação de pedidos (objeto composto), mas também nos casos em que o pedido, mesmo que único, pode ser concedido

26 SILVA, Ricardo Alexandre da. Art. 356. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie (coord). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 961). Como adverte Leonardo Faria Schenk: “A correta aplicação da técnica de “julgamento antecipado parcial do mérito” pressupõe a independência entre os pedidos cumulados ou entre as suas parcelas. O questionamento do pedido prejudicial, por exemplo, impede a imediata decisão do pedido dependente, ainda que incontroverso ou em condições de imediato julgamento. É preciso ter atenção redobrada para que a economia processual buscada por essa técnica de julgamento não se traduza, com a reforma futura da decisão, em uma perda significativa para a duração razoável do processo” (Art. 356. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (orgs). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 523).

apenas parcialmente, ou seja, de modo fracionado sob o aspecto quantitativo (objeto decomponível).²⁷

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que o réu não nega ser devedor, mas insurge-se contra o valor exigido, entendendo dever 100, e não os 150 porventura pleiteados. Naquela medida da incontrovérsia (os 100 que o réu admitiu) não há por que o processo prosseguir, deixada a resolução da parcela controvertida para a sentença que advirá após a superação da fase probatória.

A rigor a incontrovérsia não é sobre o pedido propriamente dito, mas sim dos fatos que lhe servem de apoio, o que equivale a dizer que “é a incontrovérsia da causa de pedir a que se refere, mais tecnicamente, o dispositivo em questão”.²⁸

Dito de outra forma, não se deve interpretar de modo restritivo o dispositivo, como se a incontrovérsia referente ao pedido dissesse respeito unicamente à prática de algum ato de disposição pelo réu, como o reconhecimento do pedido.

Nesse sentido:

A incontrovérsia pode defluir do não desempenho do ônus de impugnação específica das alegações fáticas do autor (art. 341), de transação parcial, de reconhecimento jurídico do pedido parcial, de admissão em audiência de alegações de fato incontroversas e, em geral, da existência no processo de alegações de fato que não dependem de prova (art. 374).²⁹

27 De Leonardo Carneiro da Cunha colhe-se elucidativa exposição: “O objeto composto é decorrente de uma cumulação de pretensões, quando, por exemplo, se pleiteiam danos morais e danos materiais, ou rescisão contratual e ressarcimento, ou, ainda, quando há cumulação superveniente, decorrente da formulação de reconvenção pelo réu, da denúncia à lide, ou do ajuizamento de uma oposição ou ação declaratória incidental. Por seu turno, o objeto será decomponível quando, embora única a pretensão, englobar coisa ou bem suscetível de contagem, medição, pesagem ou todas aquelas sujeitas à quantificação. Assim, postulada a condenação do réu ao pagamento de 100, caso o juiz defira apenas 70, estará rejeitando 30” (Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial. *Revista de Processo*, v. 120, fev/2005. p. 215).

28 Cassio Scarpinella Bueno, op. cit., p. 56, valendo ressaltar que a conclusão do culto processualista, embora concebida em atenção ao artigo 273, § 6º, do CPC/73, aplica-se ao artigo 356 do CPC/2015.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 227.

O que o dispositivo consagra, enfim, é toda e qualquer situação em que não há qualquer necessidade de comprovar fato com carga jurídica suficiente ao acolhimento do pedido.

Bem pensadas as coisas,

é correto entender que as duas situações do art. 356 acabam se sobrepondo, em alguma medida, e, nesse sentido, são passíveis de serem compreendidas como aqueles casos em que um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles dispensam a produção de “outras provas”, a viabilizar, ao menos com relação a eles, a desnecessidade da fase instrutória e, por isto, o julgamento antecipado.³⁰

3.2.2. Pedido(s) em condições de imediato julgamento

O inciso II do artigo 356 alude à existência de um ou mais dos pedidos “em condições de imediato julgamento”, com menção ao dispositivo legal precedente, que prevê a possibilidade de julgamento antecipado (do qual, como visto, o julgamento parcial é espécie), quando inexistir necessidade de produção de outras provas ou o réu for revel, com incidência do efeito material respectivo de presunção de veracidade das alegações do autor.

A rigor, para o dispositivo em questão o efeito principal da revelia e a ausência de controvérsia a respeito dos fatos narrados pelo autor em razão do teor da contestação apresentada são situações equivalentes, pois ao fim e ao cabo o que interessa é a desnecessidade de produção de outras provas além daquela, de natureza documental, que escoltou as manifestações das partes na fase postulatória.

Frise-se, no particular, que o CPC/2015 manteve a previsão do denominado *ônus da impugnação especificada*, segundo o qual incumbe ao

30 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 297. No mesmo sentido a sempre segura lição de Candido Rangel Dinamarco: “Na redação do art. 356, seriam duas as hipóteses de admissibilidade desse julgamento antecipado – a saber, a de um dos pedidos mostrar-se incontroverso (inc. I) e a de estar ele em condições de imediato julgamento (inc. II). Na realidade, o inc. I seria desnecessário porque um pedido incontroverso estará sempre, em princípio, em condições de ser julgado pelo mérito” (O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual vigente. In: Revista de Processo, v. 247, set/2015. p. 90).

réu manifestar-se precisamente sobre as alegações constantes da petição inicial (art. 341), sendo certo que a não observância de tal regra leva à ausência de controversa sobre fatos indicados pelo autor.³¹

Em suma, a previsão de julgamento parcial faz com que se acen-tuem os ônus do demandado ligados ao exercício do direito de defesa, em especial o da impugnação especificada ou, dito de outra forma, “a técnica de considerar a contestação parcial e autorizar o julgamento parcial tem a consequência de tornar a defesa do demandado uma prática responsável e bem mais diligente, afinal a *causa excipiendi* deve ser tão bem explicitada quanto a *causa petendi*”.³²

3.3. A natureza da decisão e o recurso cabível

A doutrina surgida com o advento do CPC/73 registrava certa *insatisfação* com o conceito de sentença ou de decisão interlocutória estabelecido naquele diploma,³³ embora esta viesse sempre acompanhada de um sentimento de *resignação* sucedido de tolerância com a opção legal, por reconhecer-se que esta visava simplificar o sistema recursal e eliminar dúvidas quanto ao recurso cabível contra determinada decisão.

Assim, por exemplo, Moniz de Aragão, que após ponderar que, “do ponto de vista doutrinário”, a definição de sentença estava errada, por abarcar hipóteses de julgamento do processo sem resolução de mérito, aquiescia que “essa tomada de posição somente se justifica a fim de as partes e os tribunais não mais se verem torturados, como ocorria com o

31 “Como para o juiz fato não provado é fato inexistente, ao ônus de alegar segue-se como corolário quase constante o de provar as afirmações contidas na narrativa de fatos. Esse encargo é estreitamente ligado à controvérsia instaurada no processo entre afirmações antagônicas das partes – uma afirmando a ocorrência do fato e outra negando-a ou afirmando outros fatos que excluem a ocorrência daquele. Onde não houver questão de fato, que se define como dúvida em torno de um ponto de fato, não há o ônus de provar a alegação feita (art. 334, inc. I). Havendo-a, cada uma das partes tem o encargo e o interesse de provar as afirmações que a favorecem” (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II. p. 257).

32 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: O Novo Código de Processo Civil – questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 333.

33 CPC/1973. Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

Código de 1939, pelo dilema de caber ou não o recurso; de ter havido ou não erro grosseiro; de estar ou não decidido o mérito da causa”.³⁴

Essa tendência doutrinária era explicada, como visto, pelo intrincado sistema recursal existente no diploma anterior (CPC/1939), que previa o cabimento de recursos distintos para atos jurisdicionais da mesma natureza, que apenas variavam no conteúdo: para as sentenças que extinguíam o processo sem resolução de mérito cabível era o agravo de petição (art. 846), enquanto que para as sentenças que apreciavam o mérito cabia apelação (art. 820).³⁵

O distanciamento temporal do CPC/39 arrefeceu o reconhecimento de que havia, ao menos quanto a esse ponto, méritos atribuíveis ao CPC/73, fazendo com que parcela relevante da doutrina passasse a questionar o conceito de sentença previsto na redação original desse diploma, construído exclusivamente a partir de sua eficácia de pôr fim ao processo ou, por outra, da posição de tal pronunciamento judicial no *iter* procedimental (critério topológico).

Assim, por exemplo, conhecido posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

Dizer poder distinguir-se a sentença das demais manifestações judiciais a partir do critério topológico significava, a nosso ver, endossar a tautologia a que se chegava pela anterior redação do texto legal: o *lugar* em que

34 *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II. p. 37.

35 O Procurador do Estado de São Paulo Tomás Pará Filho assim se manifestou: “O novo Código de Processo Civil (CPC/1973) busca simplificar o sistema de recursos. Com esse objetivo dispõe caber a apelação assim para as sentenças que extinguem o processo, sem julgamento do mérito, como para as que o fazem com esse julgamento (arts. 267, 269 e 513). Quer dizer, quando se tratar de sentenças finais de primeira instância, o recurso cabível é a apelação, abrangendo também as hipóteses de agravo de petição a que alude o art. 846 do Código de 1939. Isto significa que as hipóteses de extinção do processo principal, sem solução do mérito, passam a comportar, como único recurso, a apelação, recurso ordinário por excelência. Parece negável o acerto da providência. Como sabemos, não obstante a vigência mais que trintenária da lei processual civil de 1939, o cabimento do agravo de petição estava sujeito, ainda, a fundas vacilações. Havia numerosos casos nos quais nem a jurisprudência nem as opiniões dos doutores se tranquilizavam sobre o recurso admissível. Tais, por exemplo, as decisões referentes à matéria prescritiva, à carência de ação, as que julgam concurso de credores, as que acolhem embargos de terceiros, as que mantêm inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante, as que julgam a prestação de contas, etc.” (A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil, in: *Revista de Processo*. v. 5, p. 15).

a sentença se encontra é o fim do procedimento em primeiro grau. Essa é a impressão que se podia ter à primeira vista, se não se levasse em conta uma circunstância: o legislador já especificava quais são os conteúdos que faziam com que se pudesse identificar um pronunciamento judicial como sentença. Os possíveis conteúdos materiais das sentenças vinham e vêm expressamente previstos nos arts. 267 e 269 do CPC. Sempre nos pareceu, portanto, ser esta a nota marcante das sentenças, ou seja, é o seu conteúdo, preestabelecido por lei de forma expressa e taxativa, que as distingue dos demais pronunciamentos do juiz.³⁶

Com o advento da Lei 11.232/2005 adotou-se o já antes mencionado modelo de processo sincrético, passando-se, então, a definir-se a sentença exclusivamente pelo seu *conteúdo*,³⁷ até porque o processo não mais era extinto por meio dela, posto que avançava, se necessário, na *etapa* de cumprimento de sentença até a efetiva satisfação do direito reconhecido.

Logo foram antevistos problemas, novamente ligados à esfera recursal. Cogitava-se, com razão, da hipótese de um pronunciamento jurisdicional que, por exemplo, excluísse do polo passivo da demanda um litisconsorte (reconhecendo sua ilegitimidade *ad causam*), mas determinasse o prosseguimento do processo, com ingresso em sua fase instrutória, em relação ao outro.

Que recurso deveria ser interposto pelo autor nesse caso?

A seguir-se o critério então vigente, essa decisão seria sentença, uma vez que, na dicção do Código reformado, implicava a situação prevista no artigo 267, VI, com o que, ao menos a princípio, seria cabível o recurso de apelação.

Mas o processamento da apelação implicava, até por força de seu natural efeito translativo, a remessa dos autos do processo para a instância superior, o que nesse caso prejudicaria sua marcha natural, que deveria continuar em relação ao outro litisconsorte não instruído.

³⁶ *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 30.

³⁷ CPC/73 (com redação ditada pela Lei 11.232/2005) - Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

Diante desse impasse, parcela minoritária da doutrina chegou a cogitar o cabimento de *apelação por instrumento*, o que sempre nos pareceu, com o devido acatamento de seus defensores, medida inusitada e sem justificativa operativa.

Como lucidamente observado por Luciano Vianna Araújo:

é curioso notar que o “problema recursal”, que levou Alfredo Buzaid a conceituar no Código de Processo Civil de 1973 os pronunciamentos jurisdicionais (decisão interlocutória e sentença) e, a partir do princípio da correspondência, definir os respectivos recursos (agravo e apelação), inclusive deixando de positivar o princípio da fungibilidade recursal (art. 810 do CPC de 1939), continua a assombrar a doutrina do Código de Processo Civil *reformado*.³⁸

Mais ponderada, nessa quadra, a parcela majoritária que propunha solução adequadamente conciliatória: mesmo reconhecendo-se o mérito do *conteúdo* do ato integrar o conceito de sentença, também o fato de pôr fim à etapa de conhecimento deveria ser considerado.

Dito de outra forma, não somente o critério do conteúdo do ato judicial serviria à identificação de sua natureza, mas, sim, de modo compatibilizado, também o sedimentado critério finalístico.

Como apontavam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória. Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta apenas seu conteúdo, mas também sua finalidade, se o ato contiver matéria do CPC 267 ou 269, mas não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença, mas sim decisão interlocutória.³⁹

O problema não passou ao largo da sempre arguta visão de Araken de Assis, analisando o problema sobre o enfoque do recurso cabível:

Não há remédio, portanto: o pronunciamento judicial apelável há de

38 *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

39 *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 375.

revestir-se de dois requisitos concorrentes e simultâneos: primeiro, afeiçoar-se a uma das hipóteses dos arts. 267 e 269, pressuposto já implícito no regime anterior; segundo, revelar aptidão para extinguir o processo, assumindo a função de ato final do procedimento, no plano lógico.⁴⁰

Essa, não por acaso, foi a opção levada a efeito pelo CPC/2015, que em seu artigo 203, § 1º, define sentença como “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Já o parágrafo seguinte estabelece que decisão interlocutória “é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”, obviamente com a ressalva, implícita na lei processual, em relação aos acórdãos (art. 204).

Essa breve resenha histórica serve para demonstrar que o conceito de sentença previsto no CPC em vigor manteve a preocupação em resgatar a clareza sobre as hipóteses de cabimento do recurso de apelação (art. 1.009, *caput*), ainda que este sirva também à veiculação de insurgência recursal contra decisões interlocutórias não agraváveis (art. 1.009, § 1º), tema que escapa ao objeto do presente estudo.

A decisão que julga parcialmente o mérito da demanda, portanto, justamente por não pôr fim à etapa cognitiva do procedimento comum, é classificada como decisão interlocutória, embora, em *essência*, tenha inegavelmente conteúdo de sentença.⁴¹

Não por acaso o parágrafo 5º do artigo 356 estabelece ser o agravo de instrumento o recurso cabível contra a decisão que julga parcialmente a demanda.

Na nossa opinião, em suma, a qualificação do julgamento parcial de mérito como decisão interlocutória pode ter o mérito operativo de impedir qualquer dúvida acerca do recurso cabível, mas parece carecer de valor científico por negar o caráter substancial de sentença ínsito a esse pronunciamento judicial.

40 *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 373.

41 Sobre as “sentenças parciais” consultar, com proveito, a monografia de Luciano Vianna Araújo (Sentenças parciais? São Paulo: Saraiva, 2011).

O próprio CPC/2015 sinaliza nessa direção, ao revelar que tal agravo de instrumento ostenta verdadeira natureza de apelação, ainda que, claro, mantidos seus requisitos formais próprios. Parece mesmo que o novo diploma o tratou dessa forma ao estabelecer a incidência da técnica de julgamento prevista do artigo 942 quando, no agravo de instrumento, “houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito” (inc. II do § 3.º) por votação não unânime.

Em suma, tal como na apelação, o julgamento do agravo de instrumento terá prosseguimento em outra sessão, com a presença de outros julgadores, “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial” (art. 942, caput, CPC/2015).

Acrescenta-se, ainda, no tocante à natureza da decisão sob o aspecto substancial, o fato de que tal decisão tem existência e eficácia autônoma em relação à sentença final, não devendo ser por ela ratificada ou modificada.

Nesse sentido:

A decisão que julgar de forma antecipada um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles emitirá um pronunciamento definitivo. Não haverá a necessidade de sua confirmação na sentença que julgar, no futuro, o pedido ou a parcela remanescente e finalizar a etapa cognitiva do procedimento comum. Como consequência, se a parte vencida deixar de impugnar o julgamento parcial do mérito por meio dos recursos cabíveis ou, ainda, depois de encerrada a etapa recursal com relação a essa parte, e desde que a cognição tenha sido plena, a decisão interlocutória transitará em julgado (arts. 356, § 3º, e 502).⁴²

À guisa de conclusão em relação a este tópico, se não interposto ou negado provimento ao agravo de instrumento manejado contra a decisão parcial de mérito, esta transitará em julgado, como deflui do parágrafo 3º do artigo 356 do CPC/2015, sendo inclusive rescindível,

42 SCHENK, Leonardo Faria. Art. 356. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 524. Na mesma direção: “Não havendo interposição de recurso admissível, a decisão de julgamento parcial de mérito transitará em julgado, admitida a execução definitiva (art. 356, § 3º)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 214).

contado o prazo de dois anos da ação rescisória “do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (art. 975, *caput*).

3.4. O cumprimento da decisão

O parágrafo 1º do artigo 356 estabelece que a “decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida”.

Tratando-se de obrigação ilíquida, observar-se-á o disposto nos artigos 509 a 512 do CPC/2015, adotando-se a liquidação por arbitramento ou pelo procedimento comum (equivalente, no CPC/1973, à liquidação por artigos), conforme o caso.

Aplica-se ao julgamento parcial de mérito a oportuna regra do artigo 491, segundo a qual deve o juiz, sempre que possível, evitar futura fase de liquidação, proferindo desde logo decisão que defina não só a existência, como também a extensão da obrigação, salvo em duas hipóteses: se não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido (inciso I); ou se a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa (inciso II).

Ambas as hipóteses se aplicam ao julgamento parcial do mérito, não havendo grandes dúvidas acerca da primeira delas.

Já em relação à segunda, entende Leonardo Faria Schenk que havendo necessidade de produção de prova complexa em liquidação vedado será o julgamento parcial, pois na sua ótica “não se justifica a continuação da instrução probatória na liquidação, com relação a um dos pedidos cumulados ou a parcela deles, se o procedimento comum seguirá, necessária e paralelamente, para viabilizar a produção das provas relacionadas ao outro pedido ou à outra parcela”.⁴³

Não nos parece, contudo, que assim seja.

A finalidade da regra do inciso II é evitar que, sendo demasiadamente demorada ou custosa a prova pericial destinada tão só à liquidação da

43 Art. 356. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (orgs). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 524.

decisão, seja ela realizada ao longo do *iter* procedimental de primeira instância, por uma correta razão de ordem prática: se a decisão condenatória vier a ser reformada em instância superior, por entender-se que sequer existia ou era exigível a obrigação (*an debeat*), para que realizar prova complexa destinada a desvendar o *quantum debeat* que, ao fim e ao cabo, seria tida como inútil?

O mesmo raciocínio aplica-se ao julgamento parcial do mérito, justamente porque, se custosa ou demorada a prova destinada à liquidação, é razoável que se defina primeiro essa parcela do mérito passível de fracionamento, possibilitando que tal decisão seja desde logo submetida, a critério do réu, à intrincada trama recursal própria do processo civil brasileiro, tudo para que somente quando transitada em julgado tal decisão passe-se à liquidação da obrigação nela reconhecida.

Não infirma tal raciocínio a regra do artigo 512 do CPC/2015 – igualmente aplicável ao julgamento parcial de mérito – no sentido de que a “liquidação poderá ser realizada na pendência de recurso, processando-se em autos apartados no juízo de origem” –, pois tal procedimento, realizado sob conta e risco do autor, visa otimizar a prestação da tutela jurisdicional, processando-se, simultaneamente, em bases procedimentais autônomas, tanto o recurso contra a decisão condenatória quanto a liquidação propriamente dita.

Aliás, estabelece o parágrafo 4º do artigo 356 que tanto a liquidação quanto o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito *poderão* ser processados em autos suplementares, o que, malgrado o verbo utilizado, deve ser a regra geral, para melhor organização dos atos processuais: nos autos principais, o processo prossegue para julgamento dos pedidos não apreciados, enquanto que em autos suplementares processa-se a liquidação ou o cumprimento da decisão que julgou parcela do mérito.

Admite-se o cumprimento provisório, que seguirá as regras previstas nos artigos 520 a 522 do CPC/2015, salvo no tocante à caução, expressamente dispensada pelo parágrafo 2º do artigo 356.

Tal dispensa, a partir da redação do dispositivo legal em comento, deve ser considerada como ampla e, “assim, mesmo que o cumprimento de decisão parcial de mérito seja provisório, uma vez que houve

interposição de recurso contra o julgamento parcial, a parte beneficiada não precisará oferecer caução para a prática de atos executivos, nem para poder levantar eventual valor”.⁴⁴

Esse entendimento deve ser encarado com ressalvas, pois embora o CPC/2015 seja claro ao estatuir que será possível desde logo o cumprimento da decisão que julgou parcialmente a demanda – até porque, do contrário, restaria esvaziada tal figura – decorre tal assertiva do fato de que o recurso cabível contra aquela decisão é desprovido de efeito suspensivo *ope legis*.

Todavia, “se e quando concedido o efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto da decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito, eventual cumprimento da decisão será susgado (art. 995, parágrafo único, e art. 1.019, I)”.⁴⁵

Por fim, sobrevindo o trânsito em julgado da decisão, o cumprimento de sentença será definitivo (art. 356, § 3º).

3.5. O cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais

À guisa de arremate deste estudo, resta abordar o cabimento da fixação de honorários advocatícios pela decisão que julga parcialmente o mérito da demanda, questão não abordada expressamente pela lei processual.

A princípio, pela literalidade do artigo 85, *caput*, do CPC/2015 poder-se-ia imaginar que a questão relativa aos honorários sucumbenciais não fosse passível de abordagem pela decisão que julga parcialmente o mérito, pois tal regra estabelece que “a *sentença* condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Em posição que nos parece excessivamente cautelosa, Edilton Meireles entende que não é cabível a fixação, uma vez que na sua visão

44 SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil* – anotado, comentado e interpretado. São Paulo: Almedina, 2015. p. 242. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298.

45 BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*. p. 297.

o CPC/2015 não considera a parte do objeto do processo decidida antecipadamente como uma “demanda autônoma”:

Sendo assim, parece-nos que, de fato, o procedimento a ser adotado e de somente decidir os honorários advocatícios quando da prolação da sentença. Isso porque, em relação aos honorários advocatícios, o juiz haveria de ter em conta a atuação do advogado em todo o processo ajuizado. Da inicial à sentença. Descaberia, assim, ao juiz condenar o vencido de forma antecipada.⁴⁶

Comungamos de entendimento diverso, partindo do raciocínio ligado à natureza substancial da decisão proferida, que equivale, para tanto, a uma sentença de mérito, o que justifica, como reflexo prático, a fixação de honorários sucumbenciais.

Nesse sentido:

Especificamente quanto ao artigo 356 do CPC/2015, todas as decisões proferidas com base nesse dispositivo serão sentenças interlocutórias de mérito e, por isso, deverão condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios de acordo com o que foi parcialmente decidido quanto ao mérito.⁴⁷

Assim, se ao autor será antecipado, por assim dizer, o reconhecimento de seu direito, com possibilidade de imediata submissão de tal crédito ao cumprimento de sentença, é justo que também o respectivo patrono desde logo possa perceber os honorários advocatícios sucumbenciais referentes a essa parcela da pretensão já reconhecida.⁴⁸

Até porque tal verba, a rigor, ostenta *status* privilegiado – tanto que constitui direito do advogado e tem natureza alimentar, “com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho” (art. 85, § 14, CPC/2015) – devendo, nesse quadrante, ser prestigiada

46 Julgamento antecipado parcial do mérito. *Revista de Processo*, v. 252, fev/2016. p. 142.

47 PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Decisão interlocutória de mérito e honorários advocatícios. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (coords.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 209.

48 Nesse sentido: FARIA, Marcela Kohlbach de. Ação rescisória em matéria de honorários advocatícios à luz do Novo CPC. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (coords.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 864.

por qualquer técnica processual ligada à efetividade, tal qual o julgamento parcial de mérito.

Tampouco calha, por fim, o argumento de que caso a parcela de mérito a ser julgada por ocasião da sentença venha a ser repelida configurar-se-á hipótese de sucumbência recíproca se considerado o processo como um todo.

Embora correta a assertiva, tal circunstância é de todo desinflante no regime do CPC/2015 para o fim proposto, na medida em que o mesmo parágrafo 14 do artigo 85 veda “a compensação em caso de sucumbência parcial”, atento à circunstância de que os honorários sucumbenciais consubstanciam verba autônoma do advogado (o artigo 23 da Lei 8.906/94 é ineludível nesse sentido) e não se aplica o instituto da compensação quando não há coincidência entre as figuras do credor e do devedor (artigo 368 do Código Civil, *a contrario sensu*).

4. Conclusão

O julgamento parcial do mérito, mesmo não representando novidade substancial em nosso sistema processual, ganhou previsão adequada e mais detalhada no CPC/2015, alforriando-se dos limites que lhe eram impostos pela tímida previsão constante do diploma processual anterior, em que sua alocação num dos parágrafos do artigo destinado à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, § 6º) acabava obscurecendo sua valia no âmbito dos instrumentos ligados à efetividade processual.

Oxalá sua aplicação no cotidiano forense corresponda aos anseios do legislador, evitando-se que as amarras decorrentes da atuação insegura de alguns operadores do Direito acabem relegando a plano meramente teórico o instituto.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.
ARENHART, Sérgio Cruz. A antecipação de tutela e as alterações da Lei n. 10.444/2002, in: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de*

Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. III.

_____. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Notas sobre a tutela antecipada “parcial” na nova reforma do Código de Processo Civil, in: *Revista dos Tribunais*, v. 808, fev/2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III: arts 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória, capítulos de sentença e recurso parcial. *Revista de Processo*, v. 120, fev/2005.

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

DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a ordem processual vigente. In: *Revista de Processo*, v. 247, set/2015.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Ação rescisória em matéria de honorários advocatícios à luz do Novo CPC. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (coords.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Juspodivm, 2015.

JORGE, Flávio Chein; RODRIGUES, Marcelo Abelha; DIDIER JR., Fredie. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O Novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado – parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. *Revista de Processo*, v. 252, fev/2016.

MONIZ DE ARAGÃO. Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Decisão interlocutória de mérito e honorários advocatícios. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; COELHO, Marcus Vinicius Furtado (coords.). *Honorários advocatícios*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. v. 5.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de Direito Processual Civil – volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. In: *Revista de Processo*, v. 255, mai/2016.

SOUZA, Artur César de. *Código de Processo Civil – anotado, comentado e interpretado*. São Paulo: Almedina, 2015.

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

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie (coord). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Tutela de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 e no direito comparado

Caio Augusto Nunes de Carvalho¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Tutela de urgência: tutela cautelar e tutela antecipada; 3 – Requisitos atuais da tutela de urgência; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A vigência de uma nova norma processual, especialmente com a introdução de todo um código novo como o Código de Processo Civil de 2015 no Brasil, enseja um grau de incerteza sobre a interpretação e a efetiva aplicação da norma processual que, normalmente, só será significativamente dissipada após certo período de reflexão e debate. O estudo de direito comparado pode jogar alguma luz nesse processo de compreensão de sistemas e modelos adotados, especialmente quando há reais inovações em relação à ordem jurídica nacional anterior, como se pretendeu com a estabilização da tutela, e, também, porque há uma tradição na doutrina brasileira, em matéria de tutelas de urgência, de candente controvérsia sobre institutos que permeiam esse tema e falta de consenso.

O direito comparado pode ser entendido como uma comparação sincrônica de ordens jurídicas diversas e sua regulamentação de

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Procurador do Estado de São Paulo.

problemas práticos ou sob o enfoque teórico e científico.² Conhecer outras ordens jurídicas pode auxiliar na compreensão de algumas das interpretações possíveis do texto legal, talvez mesmo em encontrar a norma vigente no texto. Para René David, o direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.³

Mais do que conhecer melhor e eventualmente fazer propostas de *lege ferenda*, outras possibilidades de regular as tutelas de urgência podem implicar num melhor ou pior resultado da efetividade da prestação jurisdicional em escolhas diversas no direito positivo, mais do que a forma de visão dogmática da doutrina sobre essas escolhas legislativas ou mesmo a visão dessa escolha pela doutrina. Tem-se, assim, um convite à reflexão sobre a diversidade de sistemas jurídicos processuais e o significado de suas experiências, para além de uma visão estanque de enfoque dogmático classificatório.

Ao empreender uma obra de análise histórico-comparativa de alcance mundial, com visão geral de processos aplicáveis aos grandes sistemas jurídicos existentes, Mario Losano estabelece um conceito de direito que é indissociável da economia e das relações de produção existentes em tempo e espaço determinados, sendo um instrumento de gestão, transferência e distribuição da propriedade.

Conforme Mario Losano, todos os sistemas de normas jurídicas regulam os modos não violentos de transferência da propriedade e disciplinam a correção e a inibição das transferências violentas de propriedade.⁴

Nessa leitura, é afastada uma visão etnocêntrica dos sistemas jurídicos (eurocêntrica, normalmente), pois não há superioridade entre uns

2 Losano. Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus* (tradução Marcela Varejão). São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 544.

3 David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 3.

4 Losano. Mario G. *op. cit.*, p. 3-4.

e outros, mas menor ou maior aptidão de regular um determinado nível de produção e transação, conforme as possibilidades dispostas àquela civilização, num enfoque histórico.⁵ A ruptura com a visão eurocêntrica coloca o eixo da exposição na circulação de modelos jurídicos, marcada pelo aprimoramento de ideias e normas num contexto de análise horizontal de sistemas jurídicos e não pela maturação vertical dos institutos jurídicos através do amadurecimento interno de suas tradições.

Nesse enfoque, a cultura jurídica contemporânea se desenvolve pela “interferência horizontal” entre os sistemas jurídicos vigentes, com tendência à homogeneização ditada pela circulação dos modelos jurídicos.⁶

Denota-se que, desde as sociedades que não utilizavam da escrita até as sociedades pós-industriais, o direito assume uma complexidade proporcional à intensidade das transações e ao nível das culturas, com organização de um poder supraindividual, sem eliminar os conflitos, o que seria impossível, mas mantendo o controle sobre eles.⁷

Pode-se colocar a questão sobre a existência ou não do direito numa sociedade primitiva, que, nessa perspectiva, leva à indagação sobre a existência ou não de uma economia embrionária no seio social, o que dependerá das definições a serem adotadas. De um modo geral, a necessidade do homem de satisfação de suas necessidades básicas e a busca pelo que lhe é útil, através de meios ou fatores mais ou menos escassos, permite concluir que a propriedade e a economia são estruturantes das relações sociais.

Embora sujeita a rupturas no processo diacrônico de processos conflitantes, há uma correspondência relativa entre a estrutura de produção em voga e o direito vigente, ainda que não imediata, dada

5 Assim, não se parte do modelo europeu como padrão de análise de outros ordenamentos, como medida para avaliação dos demais, mas a partir da historicidade e da dinâmica local de cada sociedade como parâmetros para aferição do sucesso do ordenamento que regra aquela sociedade, todas num nível horizontal de coevolução.

6 Mitidiero, Daniel. A Técnica Antecipatória na Perspectiva do Direito Comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 57, p. 26-41, Nov-Dez/2013. p. 26.

7 Losano. Mario G. *op. cit.*, p. 3-4.

a necessidade de constante ajuste das normas jurídicas, na perspectiva dinâmica. Mario Losano expõe que:

“É suficiente observar aqui que a propriedade humana tem como objeto a fruição de bens mais ou menos raros, não apenas necessários à conservação da espécie, mas também úteis para ampliar o poder do indivíduo sobre a natureza ou sobre outros indivíduos. Assim como a natureza, nas sociedades primitivas, é concebida em termos animistas, as regras para a aquisição e a transferência da propriedade se entrelaçam com o mundo dos espíritos que permeiam a natureza, isto é, com o universo extrassensorial da magia. O direito entra, assim, na sociedade humana mesclado ao tabu; à medida que as culturas se desenvolvem e se refinam, ele se une estreitamente às teologias e, quando o mundo religioso entra em crise, procura em si mesmo a sua razão de ser (positivismo jurídico), ou melhor, volta à realidade econômica, tomando consciência de que é um instrumento subordinado à gestão de tal realidade.”⁸

O ordenamento como um todo e a estruturação do direito processual refletem a complexidade e o estágio de desenvolvimento socioeconômico, sendo um reflexo desta realidade, como informa Eros Grau: “a sociedade capitalista é essencialmente jurídica, e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias.”⁹ O mercado é expressão de um projeto político de organização social que se traduz num ordenamento jurídico positivo dotado de racionalidade para garantir um horizonte de previsibilidade e o modo de produção social capitalista, permitindo a fluência da circulação e acumulação.¹⁰

A crescente complexidade das relações sociais e econômicas acentuou a necessidade de instrumentos processuais voltados à satisfação imediata ou ao asseguramento de uma eventual tutela jurisdicional futura, ante a inviabilidade do processo civil compartimentado na sua formação clássica estanque entre atividade cognitiva e executiva, pressupondo a segunda uma sentença transitada em julgado após o encerramento da primeira e prevalência do procedimento ordinário.

8 Losano, Mario G. *op. cit.*, p. 19.

9 Grau, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124.

10 Grau, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 17.

O sistema clássico era inspirado pelo liberalismo e sua estrutura faz correspondência aos valores deste ideário que afirma a igualdade formal e o absentismo do Estado, com a garantia do mais amplo espaço para a liberdade individual e da atuação judicial nos estritos termos da lei (confinado a ser *la bouche de la loi*), insuscetível de interpretação.¹¹ Assim, o papel da lei, do juiz e do Judiciário ficaram atrelados à realização de tais valores, que também passaram ao patrimônio da civilização.¹² A necessidade social e econômica, porém, voltou o sistema processual à efetividade da prestação jurisdicional e à celeridade numa sociedade de crescente complexidade, implicando a necessária correlação do direito positivado a esses pressupostos.

Numa perspectiva histórico-evolutiva, as demandas características do Estado liberal atinentes ao direito de propriedade, sucessão e matrimônio permitiam aguardar uma solução final, ainda que por dilatado período de tempo, e a burguesia jurisdicionada não era carente de recursos para necessitar de imediato um provimento,¹³ podendo aguardar o julgamento definitivo.

O tempo do processo, porém, veio a ser um fator negativo para os segmentos marginalizados que passaram a ser incluídos e as demandas sociais passaram a exigir um processo cautelar expedito, chegando-se a afirmar na França que a passagem da sociedade agrária para a sociedade industrial propiciava a mudança na cultura das medidas provisionais. E a jurisprudência na Itália, ainda sob a vigência do código de 1865 sentia a insuficiência do direito positivo para regular a tutela cautelar de forma ampla, com medidas atípicas.¹⁴

11 Arruda, Alvim. Evolução do Direito e Tutela de Urgência. In: Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152-156.

12 Arruda Alvim Netto, José Manuel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. *Revista de Processo*. vol. 97/2000, p. 51-106, Jan-Mar/2000. p. 7 e 10.

13 Arruda Alvim Netto, José Manuel de. *op cit.*, p. 8-9.

14 Arruda Alvim Netto, José Manuel de. *op cit.*, p. 7-8.

O modelo evoluiu para a previsão de medidas cautelares típicas ao lado do poder geral de cautela deferido ao juiz para os outros casos.¹⁵ Contemporaneamente, não se entende que o direito à prestação jurisdicional corresponda ao direito de obtenção de uma sentença de mérito transitada em julgado, mas que haja uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz.¹⁶

Os valores de segurança e celeridade estão em constante conflito na relação tempo-processo, na busca de novos pontos de homeostase do sistema processual, mediante mecanismos que possibilitem a decisão mais próxima da certeza num tempo razoável da prestação jurisdicional. E o fator tempo evidencia cada vez mais esse embate perene na atualidade, plasmada na discussão e edição de leis processuais que captam esse fenômeno e procuram dar meios aptos a tutelar tempestivamente o direito, no momento necessário e adequado.

O direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva decorre do direito ao processo civil no Estado Democrático de Direito, assim, as técnicas processuais voltadas à proteção de posições jurídicas fundadas na urgência e na evidência adquirem dimensão constitucional num Estado de Direito, pautado por juridicidade, igualdade e segurança jurídica, conforme ensina Daniel Mitidiero,¹⁷ a fim de que seja prestada a tutela efetiva dos direitos e em prazo razoável.

A evolução e primazia desse modelo de Estado Constitucional e suas decorrências no processo civil confirmam a circulação de modelos no campo da tutela provisória, em que são adotados mecanismos semelhantes, com recíproca influência dos ordenamentos, para a resolução dessas espécies de conflito com notas particulares.

A necessidade histórica decorrente do panorama traçado impôs a criação de mecanismos diferenciados para a proteção de direitos, a que se poderia referir como tutela jurisdicional diferenciada, em contraposição e distinção ao modelo clássico de processo. Na lição de Ada Pellegrini

15 Arruda Alvim Netto, José Manuel de. *op cit.*, p. 9-11.

16 Arruda Alvim Netto, José Manuel de. *op cit.*, p. 11.

17 Mitidiero, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 62-65.

Grinover, a tutela diferenciada se contrapõe àquela obtida pelo procedimento ordinário, considerado paradigma das formas processuais na maior parte do século XX, em que a jurisdição se encontra cercada de garantias que possibilitem a cognição plena, culminando sentença de mérito e estabilidade da coisa julgada.¹⁸ Para José Roberto dos Santos Bedaque, a tutela jurisdicional diferenciada

“pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”¹⁹.

Neste segundo tipo e dentro deste contexto é que se alocam as tutelas de urgência e as tutelas provisórias, gênero do qual as primeiras são espécies, ao lado da tutela de evidência, para utilizar a nomenclatura adotada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Vale situar que a doutrina de Piero Calamandrei, tendo influenciado fortemente o direito processual brasileiro e italiano, compunha o estudo das cautelares compreendendo a técnica antecipatória nas cautelares classificadas em seu *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari* sob a letra “c” (*anticipazione di provvedimenti decisorii*), que incidiria diretamente na relação jurídica principal controversa como um *accertamento interinale di merito*.²⁰

São hipóteses em que presente o requisito da urgência, ao passo que a tutela de evidência prescinde deste requisito, mas também busca afastar os males do transcurso do tempo no processo, a partir da noção da existência de um dano marginal no processo,²¹ decorrente da inexorável

18 Grinover, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *O processo: Estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 30-31.

19 Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

20 Calamandrei, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936. p. 57.

21 A respeito, Ítalo Andolina denomina *danno marginale in senso stretto* ou *danno marginale da induzione processuale* conforme genérica ou especificamente implicado pela prolongação temporal do processo (Andolina, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema dela*

demora no trâmite do processo, beneficiando a parte que não tem razão, isto é, independentemente de uma situação específica de urgência, buscar-se-ia neutralizar este efeito que decorre de todo processo estar imerso no tempo.

No nosso estágio atual, de revolução das comunicações, Bruno da Rós Bodart pontua que as tecnologias aceleraram as relações, com a realização de operações a distância e com o agir instantâneo, colocando a sociedade e a história numa corrida em direção à barreira do tempo, o que provoca, com base em Paul Virilio, a “poluição dromosférica”, uma tirania do tempo.²² Esta percepção se dá pela “existência de diferentes valorações do tempo, diversas óticas pelas tantas lentes das múltiplas áreas do saber humano”²³; trata-se de uma percepção psicológica do tempo, acelerada pela forma de viver na civilização contemporânea e pelas representações sociais correlacionadas ao tempo e não pela dimensão física objetiva do tempo, mensurável por aparelhos destinados a marcar variações de mesmo período.

Assim, é razoável e até mesmo necessário que o modelo atual de processo civil propagado e os ordenamentos jurídicos atuais prevejam uma pluralidade de formas para minimizar os efeitos deletérios do consumo de tempo inerente ao desenvolvimento do processo até seu desiderato final, em atenção às necessidades socioeconômicas da sociedade pós-moderna. O estágio atual civilizatório não suporta a restrição ao exercício de certos direitos no tempo ao longo do desenrolar do processo, com consequências desastrosas ou excessivamente onerosas na morosidade em gozar de uma posição jurídica no âmbito econômico-social. E os fatores de risco, como o é suportar o tempo de um processo em situação desfavorável com a privação da fruição de um direito, possuem como reflexo modificar e induzir o comportamento social.

tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983. p. 20).

22 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC* (Coleção Liebman – Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

23 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op cit.*, p. 68.

Há um desestímulo na aquisição de direitos e de posições jurídicas cujo adimplemento demorará a ser satisfeito se houver resistência do devedor, o que repercute, em escalas ampliadas, na redução dos investimentos, diminuição do crédito disponível, desaceleração da economia e diminuição no nível de atividade produtiva, entre outros efeitos derivados.²⁴

Conforme pontua Eros Grau, “o mercado não poderia existir sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno”²⁵. O direito como mecanismo social de organização das relações socioeconômicas e o processo civil como instrumento de aplicação do direito material devem estruturar-se levando em conta a minimização de seus custos e a maximização dos seus benefícios,²⁶ numa racionalidade econômica que amplie ao máximo a fruição e a efetividade dos direitos, finalidades inerentes ao processo, aspecto em que podem se situar as tutelas provisórias, medidas de otimização de resultado dessas finalidades.

Contudo, a tutela provisória deve ser dotada de *standards* decisórios para que não seja um novo fator de risco para diminuir a segurança e o ambiente negocial, inibindo o tráfego jurídico e a celebração de negócios jurídicos pela falta de critérios ou pela adoção de critérios arbitrários, em ação contraposta e contraprodutiva às suas finalidades internas de evitar o perecimento de direitos e a tutela jurisdicional intempestiva, morosa ou inócua, impedindo, também, suas externalidades positivas na dimensão socioeconômica.

No positivismo jurídico, o direito é criado e reconhecido pelo Estado para o ordenamento racional da sociedade, colocando ordem ao caos do direito primitivo e colocando a lei em posição de supremacia na criação do ordenamento jurídico;²⁷ o direito moderno é racional por conferir previsibilidade e calculabilidade ao comportamento humano, sendo posto pelo Estado para preservar os mercados, numa ordem jurídica que implique o cumprimento das obrigações contratuais e torne

24 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op cit.*, p. 69.

25 Grau, Eros Roberto. *op cit.*, p. 121.

26 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op cit.*, p. 79.

27 Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119-120.

calculável a expectativa desse cumprimento: “o capitalismo industrial deve poder contar com previsões seguras – deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade”.²⁸

A imprevisibilidade de quando as obrigações serão cumpridas e os direitos mais prementes ou mais evidentes implementados precisa ser superada nas ordens jurídicas nacionais, independentemente dos tipos de mecanismos que serão utilizados no processo civil e por razões comuns partilhadas pelas tradições jurídicas ocidentais.

É preciso ter em mente a existência de razões socioeconômicas para a instituição das tutelas diferenciadas e, mais especificamente, das tutelas provisórias a despeito da roupagem que adotem nos ordenamentos dos países do Ocidente: a ordem jurídica é uma estrutura que constitui uma totalidade de sentido no interior de uma estrutura mais ampla, sendo a estruturação interna dessa totalidade de sentido determinada pela infraestrutura²⁹.

Assim, voltando à ideia mencionada anteriormente por Mario Losano, os institutos criados na ordem jurídica para resolver os problemas socioeconômicos merecem ser comparados a partir de um enfoque na aptidão de regular a realidade que pretendem, não se pressupondo um padrão que sirva de medida para os demais.

E é nesse sentido que se procurará fazer uma breve elaboração sobre aspectos elementares da tutela de urgência, sempre tendo em conta que desempenham uma função na infraestrutura socioeconômica que implica a necessidade de sua existência nas ordens jurídicas analisadas, o que torna essa reflexão inicial determinante para a compreensão buscada, focando em aspectos de institutos em diferentes países mais do que numa exposição extensiva da completude de cada ordenamento jurídico.

2. Tutela de urgência: tutela cautelar e tutela antecipada

A exposição histórico-dogmática dos conceitos que envolvem a tutela de urgência, embora desejável para compreender o estágio atual,

28 Grau, Eros Roberto. *op cit.*, p. 15-17.

29 Poulantzas, Nicos. *Nature des choses et droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965. p. 307-310 e 317-318. *Apud* Grau, Eros Roberto. *op cit.*, p. 15-17.

a construção e a influência de proposições, deve ser entendida como ambientação histórico-cultural destas concepções, mas não como um critério determinante para o pensamento e construção teórica atual, à luz da legislação vigente, como propõe Daniel Mitidiero: “sem isso, estaremos condenados a repetir de forma acrítica e sem o imprescindível filtro imposto pela necessidade de congruência entre as construções jurídicas e a realidade social – conceitos cujos pressupostos teóricos encontram-se totalmente superados pela nossa cultura”.³⁰

Como visto, a tutela caracterizada pela urgência surge no contexto de superação dos paradigmas do modelo clássico de processo, amparado na premissa do maior grau de certeza possível na decisão judicial, como corolário da segurança jurídica que visava garantir os ideais liberais da revolução burguesa; superação esta ocorrida desde o final do século XIX e ao longo do século XX³¹, podendo a tutela de urgência estar atrelada a um processo autônomo ou concedida e implementada incidentalmente, permeada pela sumariedade na cognição e procedimento.

Um conceito de tutela de urgência, que comporta uma amplitude variável, está atrelado com a identificação das tutelas sumárias, que, conforme José Roberto dos Santos Bedaque, são precedidas de cognição não exauriente, mas que podem ter resultados distintos quanto à eficácia do provimento, conforme tutela sumária cautelar ou não cautelar, em sua classificação:

Todas as tutelas sumárias são precedidas de cognição não exauriente. [...] Acontece que o legislador pode, discricionariamente, optar por soluções diversas quanto à eficácia da tutela sumária. Existem provimentos dessa natureza que acabam representando a solução definitiva do conflito de interesses, quer porque as partes se conformaram com o resultado e não provocaram a atividade cognitiva plena, quer porque o julgamento, embora sumária a cognição, adquire a qualidade de coisa julgada. Têm eficácia idêntica à produzida pela tutela de cognição plena. Diversa, quanto à estabilidade do resultado, é a tutela

30 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 20.

31 Grinover, Ada Pellegrini. 2005, p. 30-31; Arruda, Alvim. *op cit.*, p. 155-157; Arruda Alvim Netto, José Manuel de. *op cit.*, p. 8-13.

sumária cautelar. Esta se destina a assegurar a realização do direito, mediante medidas provisórias e instrumentais, sem aptidão para solucionar o conflito.³²

A tutela de urgência está enquadrada no âmbito das tutelas sumárias, com a nota diferencial da urgência, trazendo ínsita noção de evitar ou minorar um dano ou um risco, e, conforme o art. 294, parágrafo único do Código de Processo Civil de 2015, consubstancia gênero do qual são espécies a modalidade cautelar e a antecipada.

Na concepção de Teresa Arruda Alvim Wambier, a tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, sendo o ponto comum às espécies, que não pode prescindir do seu núcleo vital consistente na urgência em si considerada, numa definição aderente à situação do direito material que busca proteger, reputando pertinente a adoção de um regime jurídico comum a ambas no Código de 2015, modificando o foco da lei processual revogada que ensejava alongada discussão doutrinária sobre os contornos das espécies.³³

A classe dominante burguesa modelou uma ordem jurídica em prol de seus interesses de segurança;³⁴ contudo, a evolução das relações econômicas e sociais e a passagem de uma sociedade com modelo de produção predominantemente agrário para um modelo de produção industrial passaram a demandar tutelas de urgência, sendo que a assimilação dos novos valores no direito processual civil e a expansão das medidas de urgência também exigiram um processo gradual de conscientização, como a efetividade imediata do direito em detrimento do valor segurança.³⁵

O advento do Estado Social, calcado na concepção de promover igualdade material e não apenas prever igualdade formal, foi instrumentado pela constitucionalização de direitos que constituem prestações

32 Bedaque, José Roberto dos Santos. *op cit.*, p. 117-118.

33 Wambier, Teresa Arruda Alvim *et alli*. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 487 e 497-498.

34 A segurança advinda da cognição plena, com a maior certeza possível de um direito, e da separação estanque entre conhecer e executar, implica a impossibilidade dogmática de julgamentos e decisões fundadas em probabilidade (ou possibilidade) e na interdição à execução provisória, sem certeza do título.

35 Arruda, Alvim. *op cit.*, p. 157.

positivas, denominadas de segunda dimensão e, no plano processual civil, sobrevieram meios para garantia de efetividade, como as medidas liminares em mandado de segurança e em ação popular.³⁶

Em relação às tutelas de urgência, a partir da doutrina alemã do século XIX, a tutela cautelar era entendida como uma etapa possível do processo de execução, um apêndice desta tutela,³⁷ não apresentando autonomia conceitual, o que vem a ser modificado pela concepção de *azione assicurativa* proposta por Chiovenda, na Itália, ao lado da cognição e da execução,³⁸ pressuposto também tomado por Calamandrei.³⁹

O direito processual italiano evoluiu através da interpretação do art. 700 do *Codice di Procedura Civile*, originariamente restrito à cautelaridade, para açambarcar situações de antecipação da tutela, com aplicação jurisprudencial inovadora na medida em que passaram a se alterar os valores que permeiam o processo civil, com vistas à teleologia do provimento cautelar.⁴⁰ Já na segunda metade do século XIX, viu-se na Itália a possibilidade do poder geral de cautela, com a passagem da interpretação adstrita à lei, pautada pela concepção de legalidade e hipóteses taxativas em figuras típicas de tutela cautelar, para a interpretação extensiva, com a insuficiência do sistema positivo, extraindo-se o poder geral de cautela, embora essa posição inicial, defendida por Chiovenda, não tenha prosperado de imediato e tenha encontrado resistência.⁴¹ Essa construção enfocava a categoria sob a perspectiva da teoria da ação,⁴² como direito do Estado, sem a correspondência do direito à cautela

36 Arruda, Alvim. *op cit.*, p. 163-166.

37 Calamandrei, Piero. *op cit.*, p. 7.

38 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 21-25; Scarparo, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. In: Boeckel, Fabrício Dani de; Rosa, Karin Regina Rick; Scarparo, Eduardo (organizadores). *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-108.

39 Calamandrei, Piero. *op cit.*, p. 7-9.

40 Arruda, Alvim. *op cit.*, p. 157-158.

41 Arruda, Alvim. *op cit.*, p. 158-159.

42 Scarparo, Eduardo. *op cit.*, p. 108.

no plano do direito material,⁴³ como instrumento para a garantia do processo (instrumento do instrumento).⁴⁴

Piero Calamandrei fez a sistematização e lançou as bases teóricas que seriam utilizadas na ciência processual civil e na legislação posterior sobre o tema.⁴⁵ Em seu estudo sistemático, a tutela cautelar não é teorizada como ação, mas como provimento (*provvedimento*),⁴⁶ sendo a tutela cautelar distinguível não pelo critério da atividade do juiz (cognitiva ou executiva), mas por um critério diverso, em dimensões diferentes,⁴⁷ que implicaria a divisão entre cautelar e não cautelar, porém, não oposta ou não na mesma dimensão que a distinção entre cognição e execução, pois a nota distintiva seria a estrutura provisória desta tutela.⁴⁸ Embora diferente porque não se confundia com atividade cognitiva ou executiva, o que pressupõe uma divisão entre essas atividades, a tutela cautelar seria um provimento diverso, mas não propriamente um *tertium genus* no mesmo plano de distinção entre cognição e execução.

A doutrina italiana da primeira metade do século XX e, em especial, o pensamento de Calamandrei, foi determinante na doutrina posterior e na construção legislativa dos provimentos cautelares na tradição romano-canônica e nos países da América do Sul,⁴⁹ inclusive no Brasil.⁵⁰ Essa doutrina italiana aglutina a tradição jurídica sul-americana de

43 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 26.

44 “Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato;” (Calamandrei, Piero *op cit.*, p. 21-22)

45 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 29.

46 Calamandrei, Piero. *op cit.*, p. 3-5. Conforme o autor: “Oggetto centrale dello studio che segue sarà, dunque, non il ‘processo cautelare’ ma il ‘provvedimento cautelare’: anche prechè, come si vedrà, il processo che mette capo ad un provvedimento cautelare non ha una caratteristica e costante struttura esteriore, che permetta di considerarlo formalmente come un tipo a parte (...)” (Idem, *op. cit.*, p. 5).

47 “Questi due criteri di classificazione, che sono situati per così dire su due diverse dimensioni, possono tra loro intersecarsi e combinarsi, ma non fondersi in una classificazione unica: il gruppo dei provvedimenti cautelari può distinguersi nei due sottogruppi dei provvedimenti cautelare di cognizione (...) e dei provvedimenti cautelari di esecuzione” (Calamandrei, Piero. *op cit.*, p. 8-9).

48 Calamandrei, Piero. *op cit.*, p. 9-10.

49 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 32.

50 Bueno, Cássio Scarpinella. *Os Diferentes Tipos de Pericula in Mora em Calamandrei e (n)o Novo CPC Brasileiro de 2015.* [s.l., s.n.], 2015. p. 1; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 34.

um modo uniforme, assim como Portugal e Espanha,⁵¹ sendo um fio condutor para a análise destes ordenamentos jurídicos, o que se nota pelos traços gerais da legislação da Argentina, Uruguai⁵² e Peru,⁵³ sendo a tutela cautelar tradicionalmente vista como provisória e instrumental em relação ao processo principal.⁵⁴

No Brasil, o Código de 1973,⁵⁵ previu o poder geral de cautela, permitindo medidas atípicas (artigo 798), com a verificação de condições no caso concreto, ao lado da previsão de outras medidas típicas, o que também abriu o caminho para o uso do processo cautelar para medidas de tutela preventiva do direito material e antecipação da tutela principal, desenvolvendo as modalidades de urgência.⁵⁶

No entendimento de Arruda Alvim, a evolução da tutela cautelar contribuiu para o *reequilíbrio* desfeito pela constante mutação da sociedade atual, o que não poderia ser feito por um processo envolto em institutos determinados pelas concepções liberais, pois estas medidas atendem aos anseios do Estado Social pautado na dignidade social e na concreção de valores como saúde, educação e alimentação. A fim de corrigir o descompasso entre a realidade existente e a escassez de instrumentos previstos para equacionar os ônus do tempo no processo, os tribunais se utilizaram do poder geral de cautela para conceder as medidas necessárias e diminuir o prejuízo sofrido com a demora no desfecho do processo, escrevendo, à época: “o auge da incorporação da prática jurisprudencial pelos textos legais no âmbito das tutelas de urgência consistiu na autorização expressa de aplicação do princípio da fungibilidade às medidas cautelares e antecipatórias, mediante observância dos

51 Mitidiero, Daniel. 2013, p. 37.

52 Couture, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 82. *Apud* Mitidiero, Daniel. 2013, p. 37.

53 Gálvez, Juan Monroy. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1996. p. 140-141. *Apud* Mitidiero, Daniel. 2013, p. 37.

54 Mitidiero, Daniel. 2013, p. 37-38.

55 Eduardo Scarparo, mencionando Daniel Mitidiero, acentua que o Código Buzaid estava marcado pelo individualismo e patrimonialismo, sendo paradigmático da invasão e influência da cultura europeia sobre o processo civil brasileiro. (Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 120).

56 Arruda, Alvim. *op. cit.*, p. 166.

respectivos requisitos”.⁵⁷ Também na Argentina, Roberto Berizonce vê na ampliação do rol de direitos fundamentais o sustentáculo da criação de tutelas diferenciadas e sua diversificação, em especial para atender aos interesses dos grupos vulneráveis e aos direitos coletivos na sociedade contemporânea.⁵⁸

Na linha do que, como vimos, propugnavam Chiovenda e Calamandrei, a opção legislativa de prever a tutela cautelar como uma terceira espécie de processo no Código brasileiro de 1973 estava atrelada à linha teórica também adotada por Carnelutti, seguida no Brasil por Tulio Enrico Liebman, que norteou a estruturação daquele código, incluindo o processo cautelar como espécie apartada, diferentemente do modelo adotado no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que rompe com essa concepção.⁵⁹

As reformas no processo civil brasileiro ao longo das últimas duas décadas (podem ser citadas as Leis nº 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05), inspiradas pela efetividade, instalaram maior atividade executiva no processo de conhecimento e mesmo o processo chamado sincrético, inovações relevantes em favor da prestação jurisdicional adequada, com a consequência, porém, de modificar os pilares de sustentação da teorização que via a tutela cautelar como subordinada a um processo puro, dito principal, com função cognitiva ou executiva;⁶⁰ exemplo disso é a introdução da antecipação da tutela de forma geral, permitindo atos executivos imediatos no processo de conhecimento, o que, inclusive, influenciou a doutrina argentina⁶¹. Daniel Mitidiero aponta que se impunha a reconstrução dogmática dos parâmetros lançados na construção da doutrina italiana trazida ao Brasil no Código de 1973 sob outras bases conceituais, dado que a tripartição representa a ausência de um critério homogêneo, ao agrupar um meio e dois fins numa mesma classificação.⁶²

57 Arruda, Alvim. *op. cit.*, p. 171-175.

58 Berizonce, Roberto Omar. *Fundamentos y Confines de las Tutelas Procesales Diferenciadas*. Disponível em: [www.elateneo.org/Doctrina-seleccionada.php]. Acesso em 17.06.2016. p. 6-8.

59 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 107.

60 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 108-109.

61 Carbone, Carlos Alberto. *La revolución poscautelar como tutela procesal*. Disponível em: [www.elateneo.org/Doctrina-de-los-integrantes.php]. Acesso em: 17.06.2016. p. 4-5 e 8.

62 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 38.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 não mais prevê o processo cautelar como uma espécie terceira e diferente, como no código revogado, regulando a tutela cautelar no Livro V da Parte Geral, sob a nomenclatura “tutela provisória”, ao lado da tutela antecipada (antecipação da tutela), ambas sendo espécies das tutelas de urgência. Passa-se ao reconhecimento positivado de aplicação geral da tutela de urgência aos processos de conhecimento e execução e de desenvolvimento das atividades de cognição e executiva dentro de uma mesma relação processual, o que, ademais, já era uma realidade, dado que o exercício de uma única atividade no processo é mais exceção do que regra.

Ademais, os artigos 300 e 301 preveem o dever-poder geral de asseguramento e de satisfação, com base na probabilidade do direito e no perigo de dano ou risco ao resultado útil, mencionando o que no sistema de 1973 eram cautelares típicas, porém sem prever requisitos respectivos, instituindo um sistema aberto e atípico para a concessão de medidas de urgência; embora mantidas previsões específicas com condições e disciplina próprias em alguns casos como produção antecipada de provas (artigos 381 a 383) e exibição de documentos ou coisas (artigos 396 a 404), mantida a linha geral da atipicidade. Nesse sentido, entende Teresa Arruda Alvim Wambier que era mesmo desnecessária a presença de cautelares típicas no sistema processual, bastando o preenchimento dos requisitos gerais para conceder a tutela necessária e devendo ser desconsiderados no Código de 2015 requisitos específicos.⁶³

Assim, permanece válida e atual a lição de Arruda Alvim de que há profunda influência da situação socioeconômica no desenvolvimento das tutelas de urgência, tanto as assim designadas no Código de Processo Civil de 2015 quanto “aquelas que, em razão da dinamização das relações sociais e da necessidade de reequilibrar a situação das partes no processo, permitem a abreviação do feito e a antecipação dos efeitos ou do próprio julgamento”,⁶⁴ o que abarcaria outros modelos de tutelas diferenciadas.

63 Wambier, Teresa Arruda Alvim *et alli. op. cit.*, p. 502-503.

64 Arruda, Alvim. *op. cit.*, p. 175.

Para Ada Pellegrini Grinover, numa visão contemporânea, o traço comum nas tutelas de urgência (cautelar e antecipada) é a sumariedade da cognição, sendo que ambas estariam inseridas nas tutelas jurisdicionais diferenciadas, em que resta afastada a cognição profunda e exauriente do modelo sucumbente de procedimento ordinário.⁶⁵

A tutela de urgência se caracteriza pela existência de uma situação de perigo, em que se busca evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, sendo concedida através de cognição sumária, verticalmente limitada⁶⁶, disto decorrendo a impossibilidade de formação da coisa julgada material nesta tutela e sua correspondente imutabilidade, pois não há tempo de aprofundar a cognição até que ela seja exauriente.⁶⁷

Verifica-se, assim, que as suas duas notas características estão relacionadas ao tempo no processo: uma denota o traço do requisito que lhe dá ensejo e justifica sua necessidade, a outra evidencia o tratamento expedito na análise ante impossibilidade de pesquisa aprofundada.

O aspecto funcional permanece na necessidade de resolução de questões socioeconômicas prementes (relativas à superestrutura socioeconômica que condiciona a estrutura do ordenamento jurídico e do processo civil), cada vez mais exacerbadas na atualidade, de modo a afastar as limitações relativas à tutela tempestiva e eficiente dos direitos: a superação da tipicidade das cautelares e de seus requisitos específicos, a superação da resistência a provimentos satisfativos e, na evidência, a superação da própria situação de urgência qualificada, pelo dano marginal decorrente simples e diretamente do transcurso do tempo para o trâmite do processo.

65 Grinover, Ada Pellegrini. Tutela Antecipatória em Processo Sumário. In: Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

66 A cognição, na perspectiva vertical, pode ser exauriente ou sumária (incompleta), consoante o grau de profundidade. A respeito: watanabe, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111-112.

67 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória: Tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015*. (Coleção Liebman – Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 74-82.

O aspecto estrutural, expresso em Calamandrei pela provisoriedade ou interinidade da tutela,⁶⁸ passa à sumariedade da cognição, aceitando-se a possibilidade de que tutelas de urgente se estabilizem, como previsto no art. 304 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, potencialmente regulando de forma definitiva a questão.

O novo Código nasceu sob críticas quanto à nomenclatura da tutela provisória, Cássio Scarpinella Bueno entende que, lamentavelmente, o termo provisório está longe de descrever a contento o alcance do regime jurídico acobertado, o que não poderia, entretanto, “se sobrepor às realidades, ainda que normativas, que eles [nomes] descrevem”, o que deve restar claramente observado pela doutrina e jurisprudência.⁶⁹ A provisoriedade, entendida como algo para ser substituído por algo definitivo, vincula intrinsecamente estas medidas a um julgamento futuro e definitivo, o que não poderia ser aplicado igualmente à tutela antecipada (de natureza satisfativa) e à tutela cautelar (de natureza assecurativa), Scarparo chega a afirmar que a manutenção do traço da provisoriedade como traço dessas tutelas seria a marca do idealismo e do liberalismo no processo civil atual,⁷⁰ ainda relacionado ao estudo de Calamandrei, sendo que o provisório é o que se destina a ser substituído por algo definitivo e o temporário aquilo que está limitado no tempo, não durando para sempre.⁷¹

Contudo, a tutela cautelar, assecurativa, não estaria destinada a ser substituída por uma outra definitiva, posto ter outra função diferente da tutela principal, de assegurar seu resultado, enquanto a tutela

68 Calamandrei, Piero. *op. cit.*, p. 9-10. Mais à frente, expõe o autor: “Anche se la concessione di una misura cautelare è basata su cognizione ordinaria, non per questo gli effetti cautelari cessano di esser provvisori, nè aspirano a trasformarsi in effetti definitivi del merito. Il provvedimento cautelare ha effetti provvisori non perchè (o non necessariamente perchè) la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi esser bilanciata da una minore stabilità di effetti, ma perchè il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è per sua natura destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia.” (Idem, *op. cit.*, p. 15), sendo oportuno lembrar que o autor compreendia os provimentos cautelares tanto assecuratórios quanto satisfativos (Idem, *op. cit.*, p. 31-44).

69 Bueno, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

70 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 129.

71 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 127-129.

satisfativa não possui esta natureza ou mesmo uma contraposta:⁷² “A unificação do tratamento das cautelares e antecipações de tutela satisfativas não deve ficar imune à crítica. Essa associação, pautada em critérios heterogêneos, produz a associação de institutos processuais com naturezas bastante diversas.”⁷³

Assim, o autor conclui que o novo Código padece do equívoco de categorizar a tutela no binômio provisório-definitivo ao invés do critério cautelar-satisfativo, o que melhor permite entender as diferenças entre as formas de tutela jurisdicional.⁷⁴

Realmente, a tutela cautelar e a tutela antecipada apresentam distinção heterogênea quanto à forma de tutela (uma é fim e outra é meio), bastando pensar que a tutela cautelar, que busca assegurar, nesse sentido, pode ser antecipada, como também pode ser antecipada a tutela satisfativa, que busca o bem da vida perseguido, não sendo a técnica antecipatória algo oposto à tutela cautelar.⁷⁵

Em sentido um pouco diverso do defendido pelo autor,⁷⁶ a tutela antecipada, entendida como satisfativa, no novo Código não necessariamente se apresenta provisoriedade, justamente porque prevista a estabilização da tutela satisfativa no art. 304 do novo Código de Processo Civil, de modo que a provisoriedade deve ser compreendida, ao menos, com mitigação; nesta hipótese, aliás, a pretensão é justamente de que se estabilize e venha a regular definitivamente a situação jurídica, tendendo a ser definitiva, embora não se pudesse qualificá-la como tutela definitiva e não havendo coisa julgada.

Denota-se que, assim como nas reformas processuais das últimas duas décadas no Brasil, o sistema permanece com rachaduras nas bases

72 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 127-130.

73 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 130.

74 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 129.

75 A respeito: Mitidiero, Daniel. 2014, p.39-56 e Tesser, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: Perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 101-115.

76 Scarparo, Eduardo. *op. cit.*, p. 129-130. Cássio Scarpinell a Bueno também afirma que a estabilização não infirma a provisoriedade, tanto que se faz necessária regra de direito positivo prevendo a estabilização (Bueno, Cássio Scarpinella. 2016, p. 252).

que sustentam o modelo: o critério de provisoriedade da tutela faz mais sentido se evocada a doutrina que elaborou a compreensão do fenômeno antes da vigência do novo Código, pois como mencionado alhures, o traço comum nas tutelas de urgência (cautelar e antecipada) é a sumariade da cognição.⁷⁷

Neste sentido, inclusive, Ada Pellegrini Grinover, mencionando os sistemas que serviram de inspiração ao Brasil nessa inovação – o *référé* francês e as reformas do processo civil italiano na década de 2000 – preleciona:

“a provisoriedade da tutela cautelar não é requisito essencial à tutela antecipatória. Embora o sistema brasileiro tenha feito essa opção (§ 4º do art. 273), outros ordenamentos conferem à antecipação característica de definitividade. Assim é, desde sempre, no *référé* francês (art. 848 a 850 do Code de Procédure Civile) – que leva a um provimento de natureza executiva; assim é, a partir de datas mais recentes, no sistema italiano, primeira pela disciplina dada à matéria no processo societário (...) e, depois, com a reforma de 2005, introduzida pela Lei n. 80, pelo art. 669-octies, inciso 6º, do Codice di Procedura Civile, aplicável somente às medidas antecipatórias, desfazendo a dúvida criada pelo art. 23 da lei societária. Com o art. 669-octies, inciso 6º, do CPC, como regra geral do ordenamento, o provimento antecipatório (e não o cautelar, definido no art. 700 do CPC) conserva sua eficácia independentemente do ajuizamento da demanda de mérito, pelo que a doutrina fala em instrumentalidade atenuada.”⁷⁸

Com efeito, o novo Código poderia ter adotado nomenclatura de gênero de tutela imediata, por ser característica compartilhada entre essas figuras, em que há julgamento com base em probabilidade (ou possibilidade ou verossimilhança) do direito do postulante, fundamentada através de cognição sumária, e possibilidade de produção de efeitos a partir da análise com base na possibilidade; afastando a crítica de não ocorrer uma substituição por outra tutela de mesma espécie na medida cautelar (e, sim, por uma satisfativa) e de não haver, ou haver atenuada

⁷⁷ Grinover, Ada Pellegrini. 2010, p. 20.

⁷⁸ Grinover, Ada Pellegrini. 2010, p. 19-20.

provisoriamente, na estabilização, que é vocacionada a perdurar indefinidamente e pacificar o conflito permanentemente.

Por outro lado, o critério distintivo cautelar-satisfativo na tutela de urgência deve ser compreendida *cum grano salis*, pois não necessariamente há uma relação de oposição entre tutela cautelar e satisfatividade, como tem sido compreendida tutela cautelar, consoante exposto alhures; contudo, não se desconsiderando que a antecipação de tutela corresponde a uma técnica antecipatória, não se confundindo com um provimento cautelar.

O provimento cautelar é tutela que visa à proteção assecuratória de um direito submetido a um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação,⁷⁹ apenas assegura para que possa haver a satisfação futura, enquanto a tutela satisfativa é tutela jurisdicional que efetiva um direito imediatamente, ambas são passíveis de serem prestadas antecipadamente, com o fim de litisregulação.⁸⁰ Como aduz Daniel Mitidiero:

“o problema da dogmática processual não está em separar tutela cautelar e antecipação da tutela. Essa impositação da matéria está equivocada, porque não é possível tratar no mesmo plano de uma tutela e de uma técnica – são conceitos distintos. É claro que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Esse, no entanto, já é um problema superado pela melhor doutrina. O problema agora está em perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da tutela dos direitos.”⁸¹

Não por acaso Ovídio Baptista, de forma precisa e conveniente, já classificava a tutela de urgência em três modalidades: a tutela propriamente cautelar, a tutela satisfativa interinal, concedida através de liminares satisfativas que serão confirmadas ou revogadas pela sentença e a tutela satisfativa autônoma, que dispensa demanda plenária *a*

79 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 43.

80 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 50-51.

81 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 50.

posteriori, como ocorreria na tutela propriamente cautelar e na tutela satisfativa interinal.⁸²

A oposição real se dá entre tutela assecuratória e tutela satisfativa, sendo oportuno mencionar que a expressão cautelar tem sido identificada no Brasil como assecuratória – nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que não se justifica ou subsiste a existência de cautelar satisfativa no sistema do Código de 2015⁸³ –, embora ainda sujeita a dissenso e, em outros ordenamentos, como na Itália⁸⁴ e em Portugal⁸⁵, a legislação admita expressamente a cautelar de natureza satisfativa, isto é, a possibilidade de cautelares com provimento assecuratório e com provimento satisfativo.

A tutela assecuratória, assim, possui natureza de asseguramento, com a característica de referibilidade ou mediatidade, guardando vinculação a uma tutela satisfativa, que materialize o direito de forma imediata,⁸⁶ ao passo que a tutela satisfativa, oposta à anterior no mesmo plano de consideração, efetiva, satisfaz ao direito de modo imediato.

Desse modo, formula-se um conceito do provimento cautelar a partir de um perfil estrutural mínimo comum à tutela provisória (que denominamos imediata) e a distinção funcional, sendo o provimento cautelar uma espécie de verdadeira tutela jurisdicional, caracterizado pela cognição sumária, de cunho assecuratório; portanto, com referibilidade a um eventual provimento satisfativo, e motivado pela urgência, o que implica existência de risco ou perigo.

Essa formulação pressupõe que a cautela seja uma espécie de tutela, ligada ao plano do direito material, o que, ademais, dá lugar à categoria

82 Silva, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 87.

83 Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 428.

84 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 172-173 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 31.

85 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 175-176 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 33.

86 Conforme observa André Luiz Bäuml Tesser: *Ao mesmo tempo em que indica não haver necessidade de estabelecimento da diferença entre tutela cautelar e a tutela antecipada, no que tange aos seus requisitos positivos de concessão, ressalta ser muito importante a distinção entre aquilo que considerou espécies do gênero tutela provisória de urgência, especialmente a partir da possibilidade ou não de estabilização dos efeitos da medida concedida e, também, com a adoção de procedimentos diferenciados.* (Tesser, André Luiz Bäuml. *op. cit.*, p. 33.)

do interesse, sendo uma forma de efetivação do direito material, não imediatamente, mas mediadamente a partir da asseguaração ou asseguração que conserva a viabilidade do bem da vida em si buscado num provimento satisfativo; portanto, uma tutela com referibilidade a um direito material, tutelado mediadamente mediante provimento conservativo. Em sentido semelhante, expõe Daniel Mitidiero:

“Existe direito à tutela do direito e direito à segurança da tutela do direito. A postura dogmática preocupada em outorgar ao processo a função de adequada, efetiva e tempestiva proteção aos direitos está muito longe de concebê-lo a partir de um ângulo puramente interno de visão – e, portanto, puramente processual – e muito longe de ver os direitos como simples proclamações abstratas. Ter um direito é ter uma posição jurídica tutelável – isto é, digna de proteção, que goze de atuabilidade. Ser titular de um direito significa ter direito tanto à sua satisfação quanto ao seu acautelamento.”⁸⁷

A tutela cautelar é extraída do próprio direito material a ser tutelado, por uma forma distinta da satisfação e com o objetivo final nela (a ela referível), através de um método específico e adequado àquela situação, que é a tutela assecuratória; sem, contudo, supor um direito material à cautela ou à segurança em si, distintos do próprio bem da vida⁸⁸. E sem que haja confusão entre a pretensão de acautelar e a pretensão satisfativa do mesmo direito.

Aquele que possui um direito material possui não apenas a pretensão de exigir a prestação correspondente a este direito, mas também de exigir que não sejam realizados comportamentos, pelo devedor ou por terceiros, que frustrem a realização e o correto adimplemento daquela prestação – a isto correspondendo uma pretensão cautelar.

Há bastante tempo, o direito civil reconhece a existência de deveres anexos à prestação e deveres gerais de conduta,⁸⁹ doutrinariamente extra-

87 Mitidiero, Daniel. 2014, p. 57.

88 Embora trate sobre a existência de um direito material de cautela (em si) ou apenas uma proteção processual (*mera azione*) – tutela a outro processo –, a respeito da polêmica sobre a existência da cautela no plano do direito material: Tesser, André Luiz Bäuml. *op. cit.*, p. 115-135.

89 A respeito: Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76-104.

idos da boa-fé objetiva, sendo o bastante para afirmar que o devedor não possui apenas o dever de prestar a obrigação, mas também de se abster de comportamentos prejudiciais ao cumprimento da obrigação ou que frustrem o adimplemento, em certas situações, inclusive exigível de terceiros.⁹⁰

Neste quadro, o provimento cautelar é forma específica de tutela do direito material, mantida a cognição sumária do direito a ser tutelado, o que corresponde à locução *fumus boni iuris*, que é a manifestação jurídica a ser apreciada no âmbito cautelar – e não um direito à segurança em si ou à cautela em si, o que pressuporia a procedência de qualquer provimento cautelar, uma vez que todo titular de um direito também seria titular de um direito à cautela do mesmo –, pois o que se averigua é a existência do direito material em si,⁹¹ sob um plano vertical não exauriente (sumário).

Já a antecipação não é propriamente forma específica de tutela, mas uma técnica, que também se caracteriza pela cognição sumária e por uma situação de urgência a ser evitada ou neutralizada, o que implica existência de risco ou perigo. Logo, pode ser conceituada como técnica que antecipa uma tutela jurisdicional, satisfativa ou cautelar, mediante cognição exauriente e motivada pela urgência, o que implica existência de risco ou perigo. O que pode ser feito de forma eminentemente provisória ou com vistas à definitividade, quando, nesta última situação, se estiver perante a antecipação de tutela satisfativa.

Contudo, embora seja possível a atribuição de uma definição precisa, a prática revela a dificuldade em se apartar determinadas

90 “Todavia, a evolução do direito fez despontar deveres de conduta, cujos fundamentos axiológicos se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter ‘caráter secundário, complementar do autêntico dever de adimplemento’, referido por Larentz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros.” (Lôbo, Paulo Luiz Netto. *op. cit.*, p. 77).

91 Neste ponto, há construção diversa da realizada por Daniel Mitidiero, que afirma: “O direito à cautela é conhecido de forma exauriente pelo juiz, sendo conhecido de maneira sumária tão somente o direito acautelado. É contraditório, a propósito, afirmar a existência de um direito material à cautela e *pari passu* eleger como elemento caracterizador da tutela cautelar a cognição sumária.” (Mitidiero, Daniel. 2014, p. 45).

situações entre cautelar assecuratória e provimento satisfativo, o que recomenda a adoção de posições uniformes e critérios unívocos na legislação, sendo, também, elogiável a unificação dos requisitos, pois sua diferença estrutural ou funcional não significa uma diferenciação de pressupostos de concessão que dê azo à denegação de direitos ou à tutela insuficiente de direitos.

A respeito, Cássio Scarpinella Bueno afirma que a enunciação do Código de 2015 esconde a enorme dificuldade existente na diferenciação na prática de quais técnicas são aptas a assegurar o direito e quais são idôneas a satisfazer.⁹² Heitor Sica aduz que, na vigência do Código de 1973, diversas hipóteses que ensejavam dúvidas, o que motivou a expressa previsão de fungibilidade no art. 273, §7º, a exemplo da separação de corpos e sustação de protesto, o que tornou irrelevante a anacrônica e injustificável diferença de procedimentos, questão que não restou resolvida com o Código de 2015 em face de procedimentos diversos em relação à tutela em caráter antecedente.⁹³

A fim de situar os elementos trazidos, num fechamento em relação ao que o novo Código denomina tutela provisória, embora não seja o foco do trabalho, necessário mencionar que a tutela de evidência dispensa a existência da urgência do provimento, do perigo de dano de difícil reparação ou ao resultado útil do processo, sendo deferida com a mera evidência de que aquele direito existe, no sentido de se mostrar evidente.⁹⁴

Isto não significa que o tempo não seja relevante nesta hipótese: com maior intensidade, dispensa-se uma *urgência qualificada*, pela exposição de uma situação especialmente gravosa, bastando o dano marginal

92 Bueno, Cássio Scarpinella, 2016, p. 247. O autor menciona que o projeto do Senado Federal continha dois parágrafos que buscavam lançar alguma luz ao intérprete no art. 269 do que era ainda um projeto, ainda que possa se sujeitar a crítica técnica: §1º. “São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida”; e o § 2º reputava cautelares “as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo”. (Bueno, Cássio Scarpinella. 2016, p. 248)

93 Sica, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções quanto à Chamada “estabilização da Tutela Antecipada”. In: Didier Júnior, Fredie (coordenador). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: Volume 4 – Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 249-250.

94 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 108-109.

que o tempo causa a quem espera o desenrolar do processo para que a medida seja deferida, inerente a qualquer processo, especialmente no procedimento ordinário. A tutela de evidência no Código de 2015 pode ser compreendida como “técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo no processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base em alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”⁹⁵, atrelado às hipóteses previstas na legislação.

A regulamentação geral da tutela de evidência e a possibilidade de sua adoção em quaisquer matérias talvez seja o aspecto mais evidente de que o atual sistema processual preza pelo impacto do tempo no processo e que o valor efetividade da prestação jurisdicional é um dos valores levados em maior consideração no panorama atual da tutela provisória no Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

O contexto socioeconômico da atualidade não mais tolera que direitos sejam tolhidos ou que tenham sua concretização injustificavelmente postergada sob o argumento de inexistência ou inadequação de uma determinada categoria à tutela necessária e adequada do direito, o que exige a construção de conceitos e a adoção de modelos de processo pautados na efetividade e na flexibilidade, de modo que possam açambarcar as necessidades de tutela e proteção jurisdicional, sob pena de precisarem ser refeitas e sucumbirem à necessidade histórica imposta pela superestrutura socioeconômica de nosso tempo, através de novas regulações que atendam às finalidades do sistema jurídico.

Como vimos, com o *référé* na França e na tutela antecipatória italiana, o provimento jurisdicional antecipado pode ser tomado num processo autônomo e independente de um processo principal ou de um provimento definitivo, conferindo-se a característica de estabilidade à medida antecipatória concedida.⁹⁶

As *ordonnances de référé* nasceram da prática jurisprudencial, tendo suas origens entre os séculos XIV e XVI, no *Châtelet* de Paris, antes mesmo de ser contemplada expressamente pela legislação nos séculos

95 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 111.

96 Grinover, Ada Pellegrini. 2010, p. 20.

XVII e XVIII, até ser estendido a toda França pelo *Code de Procédure* de 1806⁹⁷, constituindo-se em decisões tomadas provisoriamente, através de cognição sumária, podendo ser revogadas e imediatamente executáveis.⁹⁸ Podem ser vistos como forma de provimento decisório jurisdicional sem acerto, em que se confere um provimento apto a tutelar um interesse relevante da parte, conferindo uma utilidade prática sem a declaração do direito com força de coisa julgada e imutabilidade do comando decisório.⁹⁹

O *référé*, na visão da doutrina francesa, é um instituto que permite um exame expedito da lide por meio de um procedimento específico, rápido e simples, perante todo gênero de órgãos judiciais, obtendo-se provimento provisório que pode restar definitivo, autônomo em relação ao juízo de mérito.¹⁰⁰ Os dois traços essenciais do instituto do *référé* são a sumariedade do procedimento e a inidoneidade a disciplinar com definitividade a relação jurídica controversa.¹⁰¹

Há estabilização, que se mantém acaso não for afastada judicialmente por iniciativa da outra parte, renunciando o autor à segurança da coisa julgada, que somente poderia obter através de um juízo de certeza, após cognição exauriente, em razão de um provimento que tutele de forma célere sua posição jurídica.¹⁰² O juízo tomado no *référé* não implica necessariamente a disciplina definitiva e imutável da relação jurídica, não vinculando ao juízo de mérito,¹⁰³ não havendo, também, necessidade sistemática ou orgânica de composição em caráter definitivo em outro processo, dada a completa autonomia no juízo de *référé*.¹⁰⁴

97 Bonato, Giovanni. I Référés nell'Ordinamento Francese. In: *La Tutela Sommaria in Europa – Studio*. A cura di Antonio Carratta. Napoli: Jovene, 2012. p. 38.

98 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva *op. cit.*, p. 177; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 70-71 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 29-30.

99 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 100-101.

100 Bonato, Giovanni *op. cit.*, p. 35-36; e Theodoro Júnior, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu. *Revista de Processo*. vol. 157/2008, p. 129-146, mar/2008. p. 7.

101 Bonato, Giovanni *op. cit.*, p. 42.

102 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 100-101 e Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 179.

103 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 40.

104 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 7.

A *ordonnance de référé* constitui uma litisregulação antecipada da demanda, e uma definição legal pode ser encontrada no artigo 484 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de 1975,¹⁰⁵ conferindo ao juiz que não o de mérito o poder de determinar de imediato as medidas necessárias em favor de uma parte,¹⁰⁶ executável a título provisório (art. 489), sem autoridade de coisa julgada (art. 488), o que também se extrai dos artigos subsequentes do Código francês.¹⁰⁷¹⁰⁸

No ordenamento francês, deste modo, houve uma atuação prevalente no campo da sumarização de um processo cognitivo, mas sem coisa julgada material, para acelerar a prestação jurisdicional e realizar a tutela de urgência satisfativa, ao invés de atuar no campo da cautelaridade, como no caso brasileiro, que teve maior inspiração no modelo italiano, mais conhecido entre nós, em que o processo cautelar esteve historicamente vinculado a um principal no qual é feito o “acertamento”.¹⁰⁹

O instituto do *référé*, considerado componente essencial no sistema processual francês,¹¹⁰ pode ser utilizado em quaisquer matérias (cível, comercial, trabalhista, previdenciárias etc.) para a proteção de obrigações de toda natureza, e sua concepção original atrelada à urgência (art. 806 do Código de 1806), para neutralizar o perigo na demora da prestação jurisdicional, foi ampliada para mais outros casos (*dans tout les cas d'urgence*, art. 808): de cunho cautelar ou satisfativo, não existindo mais um *référé*, mas uma pluralidade,¹¹¹ alcançando outras situações,

105 “L’ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires.”

106 Bonato, Giovanni *op. cit.*, p. 37.

107 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 177-178; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 71-72 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 30.

108 “Article 488. L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles.”

“Article 489. L’ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l’exécution provisoire à la constitution d’une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522.

En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l’exécution aura lieu au seul vu de la minute.”

109 Theodoro Júnior, Humberto *op. cit.*, p. 6-7.

110 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 35.

111 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 36-39.

como prevenir dano iminente, cessar conduta manifestamente ilícita (art. 809, §1º) ou em se tratando de obrigação que não seja seriamente contestável (*référé provision*, art. 809, §2º).¹¹²¹¹³ O sucesso do célere instituto no sistema francês se deve, especialmente, à ausência de previsão de execução provisória da sentença de primeira instância.¹¹⁴

É um provimento outorgado através de um processo cognitivo sumário independente, não dependendo de confirmação na causa principal, não se vinculando a uma tutela em cognição exauriente tomada nessa e não implicando decisão definitiva sobre a lide, mas compondo o litígio sem limite temporal¹¹⁵, com feição de definitividade, caso as partes não desejem instaurar o processo principal para buscar a decisão definitiva com força de coisa julgada.¹¹⁶

O que for decidido no *référé*, mesmo sendo autônomo, contudo, está subordinado ao juízo de mérito, que pode substituir a decisão ou prolatar outra em sentido diverso, acarretando a caducidade da primeira, se o caso.¹¹⁷ O *référé* tem sido usual em matéria de responsabilidade civil, como acidentes de veículo e construção civil, impondo uma obrigação de pagar, a título de provisão (*référé provision*), executável provisoriamente, que acaba se tornando definitiva em face do conhecimento do réu de que sua resistência é indefensável (não seriamente contestável), que não provoca a instauração do juízo de mérito e que antes se utilizava de todos os expedientes na via ordinária para retardar o pagamento.¹¹⁸

112 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 178-180; Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 101-102; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 72-73 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 30-31.

113 “Article 809. Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l’exécution de l’obligation même s’il s’agit d’une obligation de faire.”

114 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 37.

115 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 53-54.

116 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 178-179 e Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 102-104.

117 Bonato, Giovanni *op. cit.*, p. 52.

118 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 179 e Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 102-103.

Em geral, o sistema francês apresenta jurisdição facultativa e cumulativa entre o *référé* e o juízo de mérito (ou de fundo), podendo ser instaurados simultaneamente um processo de mérito e um processo *référé* sobre a mesma causa, não incorrendo em litispendência, dada a eficácia diversa dos provimentos nos processos; regra oposta ao sistema italiano que atribui ao mesmo juízo a medida cautelar e a de mérito (art. 669-*quater* do Código italiano),¹¹⁹ esta última semelhante à adotada no processo civil brasileiro.

O Código francês regula pouco do procedimento, que é simples e informal, estando mais adstrito às hipóteses de aplicação;¹²⁰ a assistência por advogado não é obrigatória, embora pouco usual; a atividade instrutória ocorre numa única audiência, podendo o julgador produzir prova de ofício; o provimento tem de ser motivado e pode ser exigida uma garantia na execução.¹²¹

Não há imposição pela legislação da instauração do processo para decidir o mérito e nem há prazo para que a parte exija a cognição exauriente; contudo, o desiderato de pacificação social é alcançado – em mais de 90% dos casos as partes se conformam com o provimento concedido no *référé* sem a necessidade de processo ordinário.¹²² Ao lado do *référé*, que pressupõe efetivo contraditório, o Código francês prevê, nos artigos 493 a 498, as *ordonnance sur requête*, que permitem medidas provisórias cautelares a pedido da parte sem a instauração prévia de contraditório *inaudita altera parte* em hipóteses de extrema urgência, sendo o contraditório instaurado à mercê da iniciativa da parte interessada.¹²³

Na Itália, encontra-se um sistema de tutela cautelar que prevê ainda atualmente formas típicas no *Codice di Procedura Civile*,¹²⁴ como o *sequestro giudiziario* (art. 669, sexies e art. 670), o *sequestro conserva-*

119 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 44.

120 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 47-49.

121 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 103-104.

122 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 104.

123 Bonato, Giovanni. *op. cit.*, p. 55-56.

124 O *Codice* possui, em seu Livro IV (*Dei procedimenti speciali*), o Título I dedicado a procedimentos sumários (*Dei procedimenti sommari*), em que se encontram os procedimentos cautelares no Capítulo III (*Dei procedimenti cautelari*).

tivo (art. 669, *sexies* e art. 671), a *denuncia di nuova opera e di danno temuto* (art. 669, *sexies* e art. 688) e a *istruzione preventiva* (art. 669, *sexies* e arts. 692 a 699), ao lado do provimento de urgência atípico (que se denominava poder geral de cautela)¹²⁵ previsto nos arts. 700 a 702, que, consoante o art. 700, pode ser concedido se houver fundado motivo de ameaça a um prejuízo iminente ou irreparável através das medidas idôneas a assegurar os efeitos da decisão de mérito: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.”

Toda a disciplina geral, inclusive procedimento (669 *bis* e seguintes), também utilizado pela forma atípica, encontra-se regulado no art. 669, sendo o poder geral de cautela aplicável quando não houver medida específica.¹²⁶ Como fora visto, a forte influência da doutrina italiana trouxe o desenvolvimento das medidas de urgência atreladas ao âmbito da cautelar (na origem apenas para providências conservativas)¹²⁷, em que se desenvolveram, sendo a atual doutrina unânime quanto ao entendimento de que pode haver satisfação desde logo do direito ameaçado ou violado ou o asseguramento do direito para efetivação futura através dos *provvedimenti d’urgenza*,¹²⁸ tornando-se largamente difundido seu uso para medidas satisfativas da pretensão principal (de mérito), numa construção histórico-evolutiva que passa pela doutrina e jurisprudência, no plano teórico, com o reconhecimento e densificação de princípios relativos à efetividade da jurisdição.¹²⁹

125 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 171-172; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 73 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 31.

126 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 171-172.

127 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 10.

128 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 172; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 73 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 31.

129 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 10.

O provimento de urgência tem natureza cautelar, conforme a doutrina italiana, e pode assumir feição conservativa ou antecipatória, com traço de provisoriedade e sumariiedade da cognição, não subsistindo dúvida, após a reforma do *Codice* pela Lei 80 de 2005, com a alteração do art. 669-*octies*, que se refere expressamente a provimentos antecipatórios no âmbito cautelar¹³⁰ (“...provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali”).¹³¹

Os provimentos de urgência, cautelares de cunho satisfativo, pela mesma reforma da Lei 80 de 2005, não mais se sujeitam à perda da eficácia do provimento pelo decurso do tempo, se não ajuizada a ação principal (de mérito), regra disposta no artigo 669-*octies*, em 60 dias¹³², expressamente afastada, de forma que o provimento cautelar satisfativo, equivalente à denominada tutela antecipada no Brasil, mantém sua eficácia se não for proposto o processo principal.¹³³ Independentemente de denominar cautelar satisfativa ou tutela antecipada, há um mecanismo semelhante, de manutenção dos efeitos da medida, até então, provisória, denotando-se que o processo civil italiano não deixou de continuar influenciando o brasileiro no Código de 2015.

A decisão antecipatória, nesses termos, adquire estabilidade, e a propositura do processo principal, para ver julgado o mérito, torna-se facultativa e atrelada ao interesse de obter decisão definitiva para o litígio com força de coisa julgada, que não ocorre nos provimentos de

130 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 172-173; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 73-74 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 31.

131 Eis o texto integral do art. 669-*octies*, parágrafo sexto: “Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.”

132 “In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.”

133 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 173 e Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 11.

urgência (art. 669-*octies*)^{134,135} sendo que a extinção do processo principal não influi na eficácia da medida cautelar satisfativa,¹³⁶ desvinculando seu destino e permanecendo sua executividade protraída indefinidamente no tempo.¹³⁷

Assim, com as últimas reformas do processo civil italiano, não há mais que se falar em instrumentalidade atenuada com relação ao julgamento de mérito da demanda, pois os provimentos cautelares antecipados de urgência podem assumir feição definitiva, ainda que não adquiram força de coisa julgada (para fora do processo), não havendo, também, perspectiva temporal de que a demanda antes entendida como principal, seja proposta, tendo-se o esvaimento das características de provisoriedade e de instrumentalidade destas medidas.¹³⁸

A reforma de 2005 no processo civil italiano, nesse sentido, abandonou o traço da acessoriedade para adotar um modelo assimilado ao francês, em que prevalece a autonomia e a sumariedade na ação cautelar satisfativa, mas distinto do regime processual brasileiro que separa tutela cautelar e tutela antecipada como fenômenos distintos e submetidos a disciplina diferente,¹³⁹ embora o Código de 2015 procure unificar parcialmente o regime jurídico, ainda mantendo diferença significativa quanto ao procedimento em caráter antecedente. Nem por isso há confusão de características, sendo apenas a cautelar satisfativa apta a gerar efeitos indefinidamente, mas a tutela de urgência de caráter satisfativo deixa de portar a instrumentalidade e vinculação à garantia de outro provimento jurisdicional futuro, passando à aptidão de regular definitivamente um litígio.

134 Parágrafo nono: “L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo.”

135 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva *op. cit.*, p. 173-174.

136 Art. 669-*octies*, parágrafo oitavo: “L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.”

137 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 11-12.

138 Iofrida, Giulia; Scarpa, Antonio. *I Nuovi Procedimenti Cautelari*. Milano: Giuffrè, 2006. p.4-5. *Apud* Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 174-175,

139 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 12.

A sua distinção com o processo ordinário é a sumariedade da cognição, sem produzir coisa julgada e a rapidez do alcance da tutela; há, assim, duas vias com a tutela cautelar antecipatória transformada em tutela sumária não definitiva: uma sumária e célere, sem formação de coisa julgada, e outra plena e exauriente, com criação de coisa julgada material.¹⁴⁰

O Código de Processo Civil português prevê no Livro II (Do processo em geral), o Título IV dedicado aos procedimentos cautelares (art. 362 a 409), dispondo sobre cautelares típicas e atípicas, que podem ter natureza assecuratória ou natureza satisfativa. O artigo 362, 1, do Código português¹⁴¹ é explícito sobre a abrangência dos provimentos cautelares nesse modelo: “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

O modelo português não demonstra distinção entre provimentos satisfativos e conservativos no âmbito cautelar, abrangendo ambos no poder geral de cautela, sendo o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável (*periculum in mora*) elemento comum para a concessão de medida satisfativa ou assecuratória, assim como não se verifica diferenciação quanto à probabilidade, sendo significativa a influência da doutrina italiana do século XX nesse ordenamento.¹⁴²

A todo direito correspondem procedimentos que forem necessários a acautelar seus efeitos úteis, revestidos de caráter urgente tomados em cognição sumária, inclusive com fixação de prazo máximo para decisão

140 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 12-13.

141 “Artigo 362.º Âmbito das providências cautelares não especificadas

1 - Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

2 - O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor.

3 - Não são aplicáveis as providências referidas no n.º 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo seguinte.

4 - Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado.”

142 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 175-176; Mitidiero, Daniel. 2014, p. 75-76; Mitidiero, Daniel. 2013, p. 33 e Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 9.

na lei (art. 363, 2)¹⁴³, sendo a concessão da medida possível em caráter incidental ou antecedente (art. 362, 2), assim, também há possibilidade de ser conferido provimento satisfativo antecedente, como passou a ocorrer no Código brasileiro de 2015.¹⁴⁴

Há independência técnica ou de objeto entre o juízo cautelar e o da ação principal, não havendo influência da decisão final do procedimento cautelar no julgamento da principal (art. 383, 4), porém, em regra, há vinculação dos efeitos do provimento, seja assecuratório ou satisfativo, à propositura da ação principal, no prazo de 30 dias da notificação do deferimento (art. 389, 1), ficando a subsistência a depender do processo de mérito.¹⁴⁵

A instrumentalidade fica ressalvada na hipótese de “inversão do contencioso”, que passou a ser prevista por reforma legislativa de 2013 no art. 369 do Código português¹⁴⁶, permitindo-se que no procedimento cautelar que se destinava a determinar medidas provisórias, tome-se uma decisão que possa disciplinar de forma definitiva o litígio, se o juiz entender que pode “formar convicção segura acerca do direito acautelado” e se a “natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”, dispensando o requere-

143 “Artigo 363.º Urgência do procedimento cautelar

- 1 - Os procedimentos cautelares revestem sempre caráter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente.
- 2 - Os procedimentos instaurados perante o tribunal competente devem ser decididos, em 1.ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias.”

144 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 176; Mitidiero, Daniel. 2014, 75-76 e Mitidiero, Daniel. 2013, p. 33.

145 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 9.

146 “Artigo 369.º Inversão do contencioso

- 1 - Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.
- 2 - A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada.
- 3 - Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido.”

rente de propor a ação principal, mediante requerimento da parte para produção desses efeitos.¹⁴⁷ Assim, permite-se que na cognição sumária tomada no âmbito cautelar ocorra a composição definitiva do litígio, sob os pressupostos legais e desde que a providência determinada for apta a tanto.

3. Requisitos atuais da tutela de urgência

Quanto aos requisitos, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 buscou unificá-los no artigo 300, ao estabelecer que a “tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, mantendo os pressupostos já consagrados na doutrina pelas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, através da “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Conforme Cássio Scarpinella Bueno, não há mais espaço para discutir uma diferença de pressupostos para a profundidade da cognição jurisdicional entre tutela cautelar e tutela antecipada, sendo a mesma probabilidade que oportuniza ambos os provimentos e nem mesmo a artificial diferença entre o tipo de risco (perigo de dano e de resultado útil) foi mantida, à vista do emprego indistinto para as duas espécies,¹⁴⁸ o que vem a ser confirmado pelos *capi* dos artigos 303 e 305, não subsistindo a distinção dos provimentos pelo *pericolo di infruttuosità* e pelo *pericolo di tardività*.¹⁴⁹ Logicamente, tanto o risco de dano quanto o resultado útil pressupõem a potencialidade de um dano, que é o fundamento de ambos.

Grassava discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da distinção da cognição judicial para as medidas cautelares e para a antecipação da tutela (plausibilidade, probabilidade, verossimilhança, fundamento relevante, prova inequívoca), prevalecendo, ao longo dos vinte anos que antecederam o Código brasileiro de 2015, que a concessão de antecipação de tutela dependia de um direito mais intenso do que a

147 Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 176

148 Bueno, Cássio Scarpinella. 2016, p. 254.

149 Bueno, Cássio Scarpinella. 2015, p. 13-14.

concessão de uma medida cautelar, pois o art. 273 do Código de 1973 previa um “plus”, externado na locução “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”.¹⁵⁰

A respeito, Humberto Theodoro Júnior afirmava pela existência de maior rigor na constatação sumária do direito material quando conferida medida de antecipação de tutela, que exigiria mais que a análise de medida cautelar, de cunho conservativo, ante a determinação legal de “prova inequívoca”.¹⁵¹

Uma das críticas feitas pela identidade da configuração da probabilidade do direito, diz respeito à tutela antecipatória ter um grau mais elevado de interferência no direito do demandado, por sua natureza satisfativa, que equivaleria ao adiantamento, parcial ou total, da prestação principal de mérito, ao passo que a tutela cautelar conservativa poderia ser deferida com menor certeza, dada a menor incisividade, não outorgando o bem da vida ao demandante.

Contudo, essa pressuposição está muito mais atrelada à interferência na jurídica alheia do que na análise da probabilidade do direito do requerente (*fumus boni iuris*), ou seja, é atinente às consequências do deferimento da medida e não à possibilidade de que o autor realmente tenha o direito alegado.

Também não há correlação necessária entre o tipo de provimento ou de tutela (se assecuratória ou satisfativa) com o grau de invasividade da esfera jurídica do requerido, bastando imaginar um provimento de natureza cautelar em sua concepção original que seja mais gravoso ao réu do que o atendimento imediato do bem da vida que vier a ser postulado, como um candidato de concurso público para a polícia que peça a suspensão da posse e exercício de milhares de candidatos aprovados para o início de um curso de formação, o que causará grave impacto na segurança pública do Estado, ao invés de tomar posse provisoriamente e iniciar seu exercício sob tutela satisfativa a ser confirmada ou revogada *a posteriori*.

150 Bueno, Cássio Scarpinella. 2015, p. 4 e 6.

151 Theodoro Júnior, Humberto. *op. cit.*, p. 4.

Teresa Arruda Alvim Wambier menciona que a apreciação dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, tanto para a tutela cautelar quanto para a antecipação da tutela satisfativa, resolve-se pela chamada “regra da gangorra”, de modo que, quanto maior o *periculum* demonstrado, menor o *fumus* exigido para a concessão da tutela pleiteada, a menos que se anteveja a total inconsistência do direito alegado.¹⁵²

Essa concepção está voltada a uma análise bidimensional dos requisitos, que colocados num plano, poderiam ser avaliados mediante a intensidade do perigo e a gradação da possibilidade do direito realmente ser fundado, o que omite uma ponderação acerca das consequências da medida para o demandado ou para terceiros, o que é considerado no direito português no art. 368, 2 (“A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.”), que prevê os pressupostos para as medidas cautelares (com caráter assecuratório ou satisfativo).¹⁵³

No sistema americano, a *preliminary injunction* considera, além da probabilidade de o autor ter sucesso no mérito e da extensão e irreparabilidade do dano que o autor suportará se a medida não for deferida, um critério de sopesamento de prejuízos, comparando-se aos danos que serão impostos ao réu com a concessão da medida e o impacto do deferimento em outros interesses sociais gerais.¹⁵⁴

Embora não se trate de uma constatação verdadeiramente nova para o Código de 2015, que prevê a impossibilidade de concessão de

152 Wambier, Teresa Arruda Alvim *et alli. op. cit.*, p. 498.

153 “Artigo 368.º Deferimento e substituição da providência

1 - A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão.

2 - A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar.

3 - A providência decretada pode ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, sempre que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente.

4 - A substituição por caução não prejudica o direito de recorrer do despacho que haja ordenado a providência substituída, nem a faculdade de contra esta deduzir oposição, nos termos do artigo 370.º.”

154 Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 67.

tutela de urgência de natureza antecipada caso haja irreversibilidade da medida no art. 300, §3º, o que já fora denominado como “*periculum in mora inverso*”, está restrita ao campo da satisfatividade, recebendo críticas da doutrina quanto à interpretação literal e recomendação de aplicação do princípio da proporcionalidade: a vedação não poderia “prevaler nos casos em que o risco que se busca evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido”¹⁵⁵.

Daí advindo uma verificação da proporcionalidade, quanto aos efeitos, em relação ao risco evitado e à situação protegida,¹⁵⁶ e que pode ser compreendida não só para interpretar uma vedação legal, mas para considerar um terceiro critério de verificação para a tutela de urgência. Nesse sentido, a “gangorra” passaria de uma análise bidimensional para tridimensional, em que, além da probabilidade do direito (x) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil (y), seja aferida a intensidade de ingerência na esfera jurídica do demandado ou de terceiros (z) para a concessão da medida, implicando plano inclinado que contenha a relação entre x e y cada vez em graus mais elevados à medida que a ingerência se mostra maior (z), como um terceiro requisito geral para a tutela de urgência, já apreciada ou positivada em outras ordens jurídicas, para fazer frente às necessidades atuais de tutela e de efetividade dos direitos envolvidos.

Referências bibliográficas

Andolina, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema dela tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

Arruda Alvim Netto, José Manuel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. *Revista de Processo*. vol. 97/2000, p. 51-106, Jan-Mar/2000.

¹⁵⁵ Bueno, Cássio Scarpinella. 2016. p. 255.

¹⁵⁶ Bueno, Cássio Scarpinella. 2016. p. 255.

Arruda, Alvim. Evolução do Direito e Tutela de Urgência. In: Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Berizonce, Roberto Omar. *Fundamentos y Confines de las Tutelas Procesales Diferenciadas*. Disponível em: [www.elateneo.org/Doctrina-seleccionada.php]. Acesso em: 17.06.2016.

Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

Bodart, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC* (Coleção Liebman – Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bonato, Giovanni. I Référéés nell'Ordinamento Francese. In: *La Tutela Sommaria in Europa – Studio*. A cura di Antonio Carratta. Napoli: Jovene, 2012.

Bueno, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Bueno, Cássio Scarpinella. *Os Diferentes Tipos de Pericula in Mora em Calamandrei e (n) o Novo CPC Brasileiro de 2015*. [s.l., s.n.], 2015.

Calamandrei, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova: CEDAM, 1936.

Carbone, Carlos Alberto. *La revolución poscautelar como tutela procesal*. Disponível em: [www.elateneo.org/Doctrina-de-los-integrantes.php]. Acesso em 17.06.2016.

David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

Didier Júnior., Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria, *Curso de direito processual civil*, vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Grau, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Grinover, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *O processo: Estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

Grinover, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *O processo: Estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 30-31; Arruda, Alvim. Evolução do Direito e Tutela de Urgência. In: Armelin, Donald (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

Lôbo, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Losano, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus* (tradução Marcela Varejão). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Medina, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Mitidiero, Daniel. A Técnica Antecipatória na Perspectiva do Direito Comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 57, p. 26-41, Nov-Dez/2013.

Mitidiero, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória: Tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015*. (Coleção Liebman – Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Scarparo, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. In: Boeckel, Fabrício Dani

de; Rosa, Karin Regina Rick; Scarparo, Eduardo (organizadores). *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Sica, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções quanto à Chamada “estabilização da Tutela Antecipada”. In: Didier Júnior, Fredie (coordenador). *Novo CPC Doutrina Seleccionada: Volume 4 – Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Silva, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Tesser, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: Perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Theodoro Júnior, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu. *Revista de Processo*. vol. 157/2008, p. 129-146, mar/2008.

Wambier, Teresa Arruda Alvim *et alli*. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Watanabe, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Tutela inibitória coletiva e o acesso à justiça¹

Paula Ferraresi Santos²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Características da tutela inibitória; 2.1 – A tutela inibitória e a necessidade de ampliação do acesso à justiça; 2.2 – Conceito de tutela inibitória; 2.3 – A tutela inibitória e outras formas de tutelas jurisdicionais; 3 – Efetivação da tutela inibitória; 3.1 – Multa; 3.2 – Outras formas de efetivação; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem uma reformulação da técnica processual, a fim de que esta passe a ser utilizada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades, tutelando diversas novas situações de direito substancial.

O sistema tradicional de tutela de direitos não é capaz de permitir que novos direitos sejam adequadamente tutelados. O processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à Justiça, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa³.

Importa ressaltar que o acesso à Justiça não se limita somente à admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo. Para que

1 Texto extraído parcialmente da dissertação de mestrado *Tutela inibitória no processo coletivo*, apresentada pela autora em 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de mestre.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo.

3 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 35.

haja o efetivo acesso à Justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente.

Diante desse cenário, surge a necessidade de se valer da chamada tutela inibitória, ou seja, uma tutela preventiva capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia.

Com base nessa ideia, pretende-se no presente artigo detalhar o que seria a tutela inibitória, bem como a forma como ela pode ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro e os instrumentos para a sua concreção.

2. Características da tutela inibitória

2.1. A tutela inibitória e a necessidade de ampliação do acesso à justiça

Antes de adentrar o conceito de tutela inibitória, faz-se necessário contextualizar a discussão e analisar quais os problemas e espécies de conflitos que levaram à necessidade do desenvolvimento das tutelas preventivas, dentre as quais, a tutela inibitória.

Tendo em vista o surgimento da sociedade de massa e a adoção de um Estado intervencionista, houve o aparecimento de novos direitos⁴. Esses direitos, entre os quais se encontram os direitos transindividuais, nem sempre possuem repercussão pecuniária. A reparação, embora ainda importante nesse campo, não é suficiente para proteger efetivamente os bens jurídicos envolvidos, pois em alguns casos não é possível reestabelecer o *status quo ante*, o que torna eventual compensação ou indenização inócua⁵.

Cite-se como exemplo o direito ambiental. Alguns danos ambientais, como a poluição de lençóis freáticos ou a devastação de uma floresta, não são, na maior parte dos casos, suscetíveis a reparação, não sendo possível retornar à situação em que se encontravam antes do cometimento do ato ilícito. Assim, a tutela reparatória, ainda que na sua

4 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 75.

5 Nesse mesmo sentido, SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 15.

modalidade específica, por meio de despoluição da água ou reflorestamento, não é apta a proteger efetivamente o bem jurídico, qual seja, o direito ao meio ambiente, pois, em alguns casos, os danos cometidos são de tal amplitude e gravidade que não se consegue reverter a situação.

Também não se mostra possível, nesses casos, a reparação pecuniária. Embora seja esta reparação a última solução no direito ambiental, ela não se mostra adequada na maioria das vezes. Isso porque o pagamento de determinada quantia em dinheiro não devolverá à sociedade aquele bem que foi lesado, não tendo a aptidão, pois, para reparar o dano causado, uma vez que o bem, em razão da sua natureza, não é passível de quantificação pecuniária.

O surgimento desses novos direitos supracitados repercute, também, no âmbito do processo civil, o qual tem sofrido, principalmente nas últimas décadas, uma crise de efetividade, já que ele não tem cumprido integralmente toda a sua função sociopolítica-jurídica⁶, bem como não tem propiciado aos indivíduos tutela jurisdicional adequada que proteja os interesses trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário, especialmente aqueles interesses que necessitam de uma atuação preventiva.

Isso porque o modelo tradicional de processo civil ainda é baseado na atuação após a ocorrência do ato ilícito e do dano, não havendo uma atuação propriamente preventiva na maior parte dos casos.

Em razão da inadequação do modelo de processo civil, baseado principalmente na adoção da tutela reparatória⁷, há necessidade de se promover uma alteração de toda a sistemática de tutelas, a fim de permitir que a sociedade e os seus indivíduos protejam seus interesses contra possíveis atos ilícitos. Essa proteção deverá ser dada, de forma prioritária, pela

6 Conforme Dinamarco, o processo possui três escopos: jurídico, consistente na atuação da vontade concreta do direito; social, pacificação e educação para o exercício dos próprios direitos; e político, que consiste na preservação do valor de liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado, bem como a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste. Ainda, a pacificação pode ser considerada não só como um escopo social, mas o escopo magno da jurisdição. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 26).

7 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 80.

tutela inibitória, por meio da prevenção da ocorrência do ilícito, impedindo que haja a concretização, no futuro, do ato ilícito e do dano.

Para tanto, há necessidade de revisão do conteúdo do acesso à justiça. O Estado, ao proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição e, por consequência, o dever de tutelar de forma efetiva todas as situações conflitivas concretas, não podendo deixar de dar resposta adequada aos direitos por ele mesmo proclamados, principalmente os direitos previstos constitucionalmente.

Com base nessa ideia, verifica-se que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prevê que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário “ameaça a direito”, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

O direito de ação não pode mais ser pensado como um simples direito à sentença ou direito de mero acesso ao Judiciário, mas sim como o direito ao modelo processual capaz de amparar o direito afirmado em juízo⁸. Havendo necessidade de se buscar, junto ao Poder Judiciário, uma tutela inibitória, deverá o processo dispor de mecanismos adequados para que se proteja o bem jurídico ameaçado de lesão e, conseqüentemente, prevenindo o ilícito.

A garantia do acesso à justiça assegura o direito à adequada tutela jurisdicional⁹. Verificado no plano do direito material que há situações peculiares que justificam uma tutela preventiva do ilícito, deve o Estado

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

9 Conforme Cappelletti e Garth, o acesso efetivo à justiça teve três soluções: assistência judiciária aos pobres, a representação dos interesses difusos e a mais recente, o “enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31). A adaptação do processo civil ao tipo de litígio envolvido se insere na terceira onda, o “enfoque de acesso à justiça”, a qual procura explorar uma ampla variedade de reformas, visando a evitar litígios ou facilitar a sua solução (*Idem, ibidem*, p. 71). Assim, por meio da adaptação da tutela jurisdicional, tenta-se derrubar diferentes barreiras, ampliando-se o acesso à justiça.

admitir a tutela jurisdicional adequada para a sua proteção, qual seja, a tutela inibitória, bem como fornecer mecanismos processuais para a efetivação dessa tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Yarshell¹⁰ afirma que as garantias constitucionais do processo e da inafastabilidade do controle jurisdicional devem ser interpretadas como garantias que proporcionam formas de tutela ou tipos de provimento aptos a solucionar as situações de violação ou a sua ameaça de direitos protegidos no plano substancial. Em razão da atipicidade da tutela jurisdicional, não há, em princípio, um rol previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de direitos materiais.

Com base nesses conceitos, afirma-se que a admissibilidade da tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro encontra assento constitucional, no artigo 5º, inciso XXXV¹¹, em razão da garantia do acesso à justiça.

No entanto, em que pese tal ideia tenha sido bem desenvolvida no campo da tutela possessória (artigos 554 e seguintes do Código de Processo Civil), no âmbito da tutela coletiva, essa ideia possui grande restrição, já que ainda se trabalha com a tutela reparatória.

Como forma de superar essa restrição, é preciso rever o conceito tradicional de responsabilidade civil, qual seja, o de que somente há responsabilidade se houver dano. Para tanto, faz-se necessário estudar os princípios da precaução e da prevenção, já presentes no âmbito do direito ambiental, mas que ainda não são aplicados nos demais direitos transindividuais.

Em breve análise, pode-se afirmar que princípio da precaução atua nos casos em que há incerteza sobre os danos possíveis, destinando-se a gerir riscos ou impactos desconhecidos¹². Ele consiste na imposição de condutas preventivas nas hipóteses em que não há estudos científicos ou

10 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, pp. 147-148.

11 DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 141.

12 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 823.

comprovação de que o dano será certo, mas há elementos que indiquem um possível dano. Em razão da incerteza do dano, a aplicação do princípio da precaução exige a adoção de medidas que evitem o dano temido e incerto¹³, invertendo-se, assim, a lógica da responsabilidade civil clássica, pois se exige uma medida preventiva antes da efetiva ocorrência do dano¹⁴.

O princípio da prevenção, embora também implique medida que visa a prevenir danos, trabalha com riscos conhecidos e provados, havendo maior certeza da ocorrência do dano, podendo-se afirmar, com base em elementos seguros, que determinada atividade é efetivamente perigosa¹⁵. Observa-se, portanto, que a diferença entre esses princípios consiste, basicamente, no grau de certeza do dano, atuando sempre para o futuro, por meio da imposição de deveres, a fim de evitar a ocorrência do dano.

Feita a distinção entre precaução e prevenção, faz-se necessário distinguir a precaução da reparação. A reparação trata do passado e tem por finalidade o retorno das vítimas ao *status quo ante* por meio da reparação integral. A precaução, por sua vez, trata de atitudes e condutas que procuram evitar danos, tendo-se em vista sempre o futuro. A diferença entre ambas reside, portanto, no momento de atuação: uma atua somente após a ocorrência do dano ou do ilícito, enquanto a outra tem um caráter preventivo.

Tradicionalmente, principalmente no âmbito da tutela coletiva, somente se admitiu a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção no campo do direito ambiental, pois, em razão da peculiaridade do direito tratado, o qual, em parte dos casos, não comporta a reparação do dano, a doutrina evoluiu para se admitir que, nesses casos, seja adotada a tutela inibitória.

13 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 98 e ss. Cumpre ressaltar que referido princípio, no direito ambiental, foi inserido em nosso ordenamento jurídico expressamente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

14 MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 89.

15 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 823.

No entanto, como bem ressalta Lopez¹⁶, em razão da evolução da responsabilidade civil, esta não mais se resume ao ressarcimento de danos, uma vez que há danos que não são indenizáveis, tal como ocorre com os danos transindividuais. Faz-se necessário ampliar o conceito de responsabilidade civil para que haja a prevenção ou precaução de danos possíveis, graves e irreversíveis, uma vez que a ideia fundamentadora do sistema de responsabilidade civil é não causar dano a outrem. Admitir responsabilidade civil que impeça a realização de danos garantirá a integridade física, moral e econômica, não só dos cidadãos, mas da sociedade como um todo. Com base nessa constatação, conclui a autora que é possível a concepção de uma responsabilidade civil sem dano, baseada apenas na sua ameaça, e fundamentada nos princípios da precaução e prevenção.

Da análise acima, é possível concluir que se admite hoje que haja a responsabilidade civil sem dano, havendo uma separação entre ato ilícito e dano. O ato ilícito é o ato antijurídico, contrário ao direito, prescindindo do dano para a sua configuração. Essa distinção é relevante, pois traz para o direito processual o encargo de desenvolver uma técnica específica que combata o ilícito¹⁷, prescindindo-se da análise da culpa e da existência do dano¹⁸.

Aplicando-se os conceitos acima desenvolvidos para outros direitos transindividuais, verifica-se que há grande relevância prática nesse tema. Como exemplo, no campo do direito à saúde, é plenamente possível se admitir uma demanda na qual se peça a proibição de decisões judiciais que determinem a dispensação de medicamentos que ainda não tiveram a sua aprovação pela Anvisa ou até mesmo cujos danos ainda não se conhecem.¹⁹

16 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 137-139.

17 PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3986, nov/dez. 2004.

18 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 97 e TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 232 e ss.

19 Nesse sentido, recentemente diversas decisões judiciais determinaram a dispensação da chamada “pílula do câncer”, medicamento que estava em pesquisa junto à USP e que parou

Dessa forma, ao se admitir a possibilidade de responsabilidade civil sem danos para todos os direitos transindividuais, concretiza-se o acesso à justiça, na medida em que se torna admissível a análise de tutelas jurisdicionais de cunho inibitório que antes encontravam óbices em razão da ideia de que somente poderia ser levado ao Poder Judiciário uma tutela jurisdicional que veicula uma reparação, mas não uma inibição.

2.2. Conceito de tutela inibitória

A tutela inibitória é uma espécie de tutela jurisdicional preventiva, a qual tem por escopo a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não sendo voltada para o passado²⁰. A tutela inibitória visa a impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio direito material da parte²¹.

A tutela inibitória é uma tutela jurisdicional preventiva. No âmbito da tutela jurisdicional, tomando-se por base o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual estabelece uma separação entre a ameaça a direito e lesão, bem como considerando a perspectiva do ilícito, pode-se classificar a tutela jurisdicional como reparatória e preventiva²².

de ser fornecido pela Universidade justamente porque não contava com a aprovação da Anvisa. No entanto, centenas de pessoas recorreram ao Poder Judiciário para a obtenção do medicamento, sendo que houve a determinação da dispensação da “pílula do câncer”. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo obteve, em sede recursal, algumas vitórias no sentido de evitar a dispensação deste medicamento, justamente com o fundamento no princípio da precaução, já que os riscos eram incertos. Em que pese o instrumento processual utilizado não tenha sido o de ajuizamento de uma demanda veiculando a tutela inibitória, não se pode negar que a atuação do Estado, neste assunto, teve também um caráter inibitório.

- 20 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 90; BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago. 2004; FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clause vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999, ott/dic. 1997; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322.
- 21 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.
- 22 Critério adotado por BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, p. 322.

A tutela reparatória, também chamada de sancionatória ou repressiva, é aquela em que se busca uma reparação dos danos sofridos, em razão da ocorrência de uma lesão a direito²³. A tutela preventiva, por sua vez, consiste na função jurisdicional realizada em razão da ameaça a direito, geralmente contemplada na própria legislação. A tutela preventiva visa, pois, a evitar que uma ameaça se converta em lesão, seja porque o bem lesionado não é passível de retorno ao *status quo ante*, seja porque não é desejável que ocorra essa lesão²⁴. Com base nessa classificação, considerando que a tutela inibitória visa à prevenção do ilícito, ela é uma tutela preventiva.

Conforme a definição acima, a tutela inibitória visa à prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito. Para que haja a sua aplicação, três tipos de conduta podem ocorrer: a instantânea, a continuada ou a repetida.

A conduta instantânea é aquela que se consuma em um ato único e decorre de uma relação jurídica instantânea²⁵. A tutela inibitória, nesse caso, somente será possível antes que a violação seja efetivada²⁶.

As condutas continuadas e repetidas, por sua vez, decorrem de relações jurídicas continuativas ou duradouras, ou seja, a conduta se protraí no tempo²⁷. Mesmo que já tenham sido praticados atos violadores do direito antes do ajuizamento da ação, a tutela inibitória é possível para impedir as futuras violações ameaçadas, desde que exista a possibilidade de voltarem a ocorrer²⁸. Nesse caso, a reação que se deve esperar do ordenamento jurídico é a imposição de uma obrigação de cessação do ato ilícito²⁹.

23 MARINS, Victor A. A. Bonfim. Tutela jurídica e proteção ao ambiente. *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. Curitiba: Juruá Editora, n. 174, p. 69, 1995.

24 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1, pp. 324-325.

25 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

26 BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago/2004 e SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

27 PADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82.

28 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83 e 84.

29 BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 615, lug/ago. 2004.

Cumprе ressaltar a diferença existente entre a tutela inibitória que visa a impedir a continuação do ilícito e a que visa a impedir sua repetição.

Conforme resalta Marinoni³⁰, no caso da repetição do ilícito, há um intervalo entre um ato e outro, de tal forma que se pode impedir a prática de um “novo” ilícito, independentemente do primeiro.

No caso da tutela inibitória que visa a impedir a continuação do ilícito, a ilicitude continua na medida do prosseguimento da ação ou atividade, ou seja, visa-se a impedir a continuação do agir³¹. No entanto, o fato de a ação já ter começado não retira da tutela inibitória a sua natureza de preventividade, uma vez que há a possibilidade de haver a prática de conduta ilícita no futuro. A tutela inibitória se dirige, nesse caso, contra o perigo de continuação do ilícito³².

Por fim, com base no conceito de tutela inibitória acima definido e nos conceitos de direito material já desenvolvidos, é possível visualizar três pressupostos da tutela inibitória, como bem aponta Frignani³³: um positivo, qual seja, o perigo de prejuízo futuro, e dois negativos, quais sejam, a prescindibilidade da prova do dano e da culpa.

A tutela inibitória tem por pressuposto o perigo de prejuízo futuro, uma vez que, ausente esse elemento, não há que se falar em tutela inibitória. Somente se justifica falar em tutela preventiva e, conseqüentemente, em tutela inibitória caso haja um perigo de prejuízo futuro, o qual necessita ser evitado.

Quanto à prescindibilidade do dano e da culpa, destinando-se a tutela inibitória à prevenção do ilícito, não há necessidade de prova do dano³⁴

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 198 e 199.

32 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 90-91.

33 FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 3.

34 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58 e ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110.

nem da culpa. Isso porque o ato ilícito prescinde, para a sua configuração, do dano e da culpa³⁵.

No mais, é possível explicar a prescindibilidade da prova da culpa na tutela inibitória em razão da sua função. Como bem ressalta Rapisarda³⁶, a tutela inibitória é responsável por manter o *status quo* e garantir a atuação do direito a ser violado, prescindindo, portanto, da valoração do comportamento do autor da futura violação ao direito.

Essa prescindibilidade repercute no âmbito do processo. Se a norma de direito material prescinde desses elementos para a sua configuração, a tutela inibitória, fundada nessa norma, também irá prescindir da prova do dano e da culpa para a sua concessão, uma vez que se destina à prevenção do ato ilícito.

Questão de extrema importância na tutela inibitória é a prova da ameaça. Como bem ressalta Arenhart³⁷, essa é uma das dificuldades da tutela inibitória, uma vez que é, muitas vezes, subjetiva, fundada em dados internos à pessoa. Ainda, a ameaça de lesão, ao contrário do que ocorre com o dano, não deixa vestígios.

No mais, não se pode ignorar que a ameaça de lesão é um fato futuro, não sendo possível exigir prova de algo que ainda não aconteceu, principalmente quando a tutela inibitória não é fundada na continuação ou na repetição do ilícito³⁸.

Isso porque quando se trata de uma tutela inibitória fundada na continuação ou repetição do ilícito, há prova do ato ilícito anteriormente praticado, facilitando a demonstração da ameaça³⁹. No entanto, nos casos em que não houve ainda a prática anterior de qualquer ato,

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.

36 RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 89-90.

37 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

38 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

é preciso demonstrar que o ato que se pretende praticar é vedado pela norma legal.

Para que se possa caracterizar a ameaça, devem ser considerados aspectos objetivos da situação fática levada a conhecimento do juiz. Não basta o mero receio ou temor subjetivo. É necessário que o receio esteja embasado na existência de fatos exteriores, que o perigo de futura violação do direito seja sério⁴⁰, permitindo ao juiz concluir que provavelmente será praticada a violação ao direito.

A ausência de vestígios e de critérios mais claros e precisos para a verificação da ameaça dificulta a análise desse requisito. Em razão disso, alguns autores propõem critérios para se aferir, na prática, o preenchimento desse requisito.

Nesse sentido, Marinoni⁴¹ entende que a prova na tutela inibitória deverá ser indiciária, ou seja, baseada em indícios. Basta ao autor da demanda alegar que se teme um provável ato ilícito, não havendo o ônus de alegar os fatos que indicam que provavelmente será praticado o ilícito, embora seja aconselhável que assim o faça⁴². Conforme o autor, o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária deverá ser um fato pertinente em relação ao ato temido. Com base no indício, o juiz, destinatário da prova, fará um raciocínio presuntivo, chegando a uma conclusão (presunção).

Papp⁴³, por sua vez, entende que se poderia aplicar a esse conceito, por analogia, a forma de demonstração da ameaça para a concessão de tutelas preventivas, tais como o mandado de segurança e o interdito proibitório. Dessa forma, o pressuposto da ameaça estaria preenchido

40 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51 e PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3990, nov/dez. 2004.

41 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58 e ss.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

43 PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3990 e ss., nov/dez. 2004.

caso se demonstrasse que o temor da conduta ilícita a ser praticada fosse real (com base em atos e fatos, e não em meras suposições) e atual (justificada no momento em que pleiteia a concessão da tutela jurisdicional inibitória), sendo que essa demonstração deve ser suficiente para convencer o juiz da ameaça de ilícito, não devendo ser exigida demonstração certa e irrefutável de que a conduta de fato ocorrerá, sob pena de se exigir prova impossível⁴⁴.

Arenhart⁴⁵ também propõe critérios semelhantes. Para o autor, a fim de se demonstrar a ameaça, da mesma forma que ocorre no mandado de segurança coletivo e no interdito proibitório, deve-se exigir a demonstração objetiva e concreta da existência de justo receio, apta a comprovar o temor sentido pelo autor. Exige-se da parte autora a indicação de dados concretos, específicos e objetivos, capazes de tornar plausível sua suposição de futura lesão.

Em se tratando de prova da ameaça quando a tutela inibitória não se funda na continuação ou repetição do ilícito, propõe Arenhart⁴⁶ a adoção de quatro critérios: (I) análise da vida pretérita do autor e do réu da demanda; (II) circunstâncias específicas das alegações das partes; (III) circunstâncias impostas pelo direito especificamente protegido; e (IV) presunções eventualmente incidentes sobre o caso. Nesse sentido, ainda, no campo do direito ambiental, o próprio princípio da precaução impõe a presunção da ocorrência do ilícito em prol do meio ambiente, uma vez que, mesmo sem a comprovação científica dos perigos de ilícito e de dano, devem ser tomadas medidas necessárias para afastar a ameaça ao meio ambiente⁴⁷.

44 PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3993, nov/dez. 2004. Nesse sentido, também, ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

45 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 254 e ss.

46 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 273 e ss.

47 TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328.

No mais, em razão da aplicação do princípio da precaução, há inversão do ônus da prova. Isso porque a incerteza decorre dos limites do conhecimento específico, motivo pelo qual a demonstração de que não há risco cabe a quem deseja operar a mudança. A inversão do ônus da prova se realiza, pois transfere para o empreendedor a responsabilidade de demonstrar que a sua atividade ou produto não vão gerar danos ou que estes podem ser impedidos ou mitigados⁴⁸.

A mesma presunção decorrente da aplicação do princípio da precaução pode ocorrer também em outros direitos transindividuais. Por exemplo, nos casos envolvendo direitos coletivos relativos à criança e ao adolescente, poderá haver situações em que haja ameaça da ocorrência de um ilícito, violando o direito do ensino obrigatório ou direito a atendimento em creches. Pelo princípio da precaução, poderá haver inclusive a inversão do ônus da prova, em prol dos sujeitos do direito transindividual afetado, imputando esse ônus ao Poder Público, que deverá demonstrar que cumpriu com os seus deveres legais.

A fim de se estabelecer critérios de como se dará a prova na tutela inibitória, pode-se utilizar a técnica do sistema da *common law* aplicável para a concessão de *injunctions*, que se assemelham à tutela inibitória.

No caso das *injunctions*, o sistema norte-americano exige a presença da *reasonable probability*⁴⁹. Esclarece Arenhart⁵⁰ que esse conceito depende da aferição direta e específica de elementos concretos capazes de indicar, de maneira palpável, a ameaça da futura lesão. Esse critério, o qual é fluido e de difícil definição, fica a cargo exclusivo do magistrado responsável pela solução da causa, o qual deverá se valer da noção de proporcionalidade⁵¹ para a aferição da existência da *reasonable proba-*

48 RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 66.

49 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255 e ss.

50 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255 e ss.

51 A título de esclarecimento, cumpre definir, para melhor compreensão do tema, o significado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A razoabilidade traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, consiste em

bility. A ponderação dos interesses postos em litígio representa um dos critérios a serem apreciados pelo juiz quando da análise se há provas suficientes para a demonstração do justo receio. Nesse sentido, Arenhart⁵² esclarece que, no sistema norte-americano, quanto mais relevante for o interesse a ser tutelado, mais flexível será o padrão de prova que se deve buscar para obter o convencimento do juiz.

Os critérios acima delineados, somados a outros, como a proporcionalidade e razoabilidade, podem servir de elementos para a formação do convencimento do juiz, viabilizando a concessão de tutela inibitória para evitar o primeiro ilícito.

Como se vê, nos casos de tutela inibitória fundada na ameaça de prática de ato ilícito, quando nenhum outro anterior já tenha sido praticado, tal como ocorre com a continuação ou repetição do ilícito, a questão da prova assume grande relevância.

Independentemente do critério a ser adotado, deverão ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da concessão da tutela inibitória. Isso porque, conforme já salientado, a tutela inibitória é uma medida preventiva, atuando antes de eventual conduta a ser praticada pelo réu. Em razão disso, deve-se conceder a tutela inibitória com cautela, evitando-se prejuízos ao réu. A aplicação

uma análise de três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa ordem. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Considera-se adequado não só o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. É nessa sub-regra que se insere a ideia de razoabilidade. O ato somente é necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Assim, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação consiste no fato de que o exame da necessidade é um exame comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto. Feitos esses dois exames, faz-se necessário um terceiro: o da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide. Da análise acima, verifica-se que a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. A razoabilidade consiste em uma das sub-regras da proporcionalidade (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 31 e ss., 2002).

52 ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 257.

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por viabilizarem o sopesamento dos interesses envolvidos, deverão nortear a atuação do juiz na avaliação das provas trazidas ao seu conhecimento, inclusive quando se tratar somente de indícios, bem como na concessão ou não da tutela inibitória requerida pelo autor.

Definidas as principais características da tutela inibitória, é preciso fazer algumas distinções importantes em relação às outras formas de tutela jurisdicional.

2.3. A tutela inibitória e outras formas de tutelas jurisdicionais

Conforme já dito anteriormente, a tutela inibitória difere da tutela reparatória. A tutela inibitória consiste em uma espécie de tutela preventiva, objetivando garantir a integridade do direito, não implicando punição a quem pode praticar o ilícito, mas tão somente impedimento de que o ilícito seja praticado⁵³. A tutela reparatória, por sua vez, se volta para o passado, não tendo o condão de impedir a ocorrência do ilícito, mas sim repará-lo – seja na forma específica, retornando ao *status quo ante*, seja por meio de compensação pecuniária (ressarcitória).

A tutela reparatória poderá ser específica ou ressarcitória. A tutela é específica quando se objetiva obter a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional e o cumprimento da obrigação, caso não tenha ocorrido lesão ao direito material. A tutela ressarcitória⁵⁴, por sua vez, consiste em propiciar dinheiro em lugar do bem ou da situação subtraída do demandante.

Cumprе ressaltar a importante observação de Bellelli⁵⁵ na diferenciação entre tutela reparatória, na sua forma específica, e tutela inibitória. Conforme esclarece a autora, diferenciam-se ambas as formas de tutela

53 PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, n. 3, p. 141, jan/jun. 2009.

54 Terminologia utilizada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 171.

55 BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 622, lug/ago. 2004.

em razão do momento de sua aplicação: a tutela reparatória, na modalidade específica, se volta para o passado, desconstituindo os danos já produzidos, enquanto a tutela inibitória se volta para o futuro, evitando a prática do ato ilícito. Na prática, os efeitos de ambas as tutelas podem coincidir, já que a tutela reparatória, na sua modalidade específica, caso aplicável, propiciará o retorno ao *status quo ante*, como se não houvesse ocorrido a lesão, obtendo-se o mesmo resultado prático da tutela inibitória (ausência de lesão).

No campo da tutela reparatória, é preciso ainda diferenciar a tutela inibitória da tutela que visa à condenação para o futuro, prevista no artigo 323 do Código de Processo Civil.

A condenação para o futuro visa a criar um título executivo antecipadamente, antes da violação ao direito. No momento em que se pede a condenação para o futuro, a violação ainda não ocorreu⁵⁶. A condenação para o futuro consiste, pois, em tutela certa sobre determinado direito, cuja exigibilidade coercitiva depende da verificação de evento futuro⁵⁷.

No entanto, como bem ressalta Sartorio⁵⁸, o caráter preventivo da condenação para o futuro consiste unicamente em constituir preventivamente o título executivo, antes da ocorrência do inadimplemento. Não há qualquer caráter de inibição da ocorrência do ilícito, do contrário, até o admite.

Cumprido, ainda, diferenciar a tutela inibitória da tutela cautelar.

Conforme definição de Dinamarco⁵⁹, a tutela cautelar consiste em medida destinada a proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final. Trata-se de medida de apoio ao processo para que ele possa produzir resultados úteis e justos, por meio de providências de natureza

56 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 263.

57 GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 61.

58 SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 71.

59 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Vol. I, p. 180.

assecuratória⁶⁰. A função da tutela cautelar é, portanto, neutralizar os possíveis danos que possam decorrer da duração do processo de cognição plena.

Já a tutela inibitória, por sua vez, tem por objeto a prevenção do ilícito, sendo voltada para o futuro. Ela é principal e, em regra, é definitiva, não sendo provisória (salvo quando concedida em sede de tutela antecipada) nem acessória, podendo fazer coisa julgada material, em razão da cognição exauriente.

A prevenção do ilícito não é um acessório da reparação do dano. A tutela inibitória não exige a instauração de um processo principal, bem como não serve de instrumento para um futuro processo. O objetivo da tutela inibitória é a prevenção do ilícito, sendo que, se concedida em provimento final, não necessita de reapreciação em outro processo. O seu provimento é final, e não acessório como na tutela cautelar.

Feitas essas distinções, é preciso verificar como se poderá efetivar a tutela inibitória no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Efetivação da tutela inibitória

3.1. Multa

A principal forma de atuação da tutela inibitória é a imposição de multa, com natureza coercitiva, visando a atuar sobre a vontade do demandado, para convencê-lo a cumprir a obrigação ou deixar de praticar determinado ato⁶¹.

A multa consiste em medida de coerção, uma vez que tem por finalidade pressionar psicologicamente o demandado, podendo ser utilizada tanto nas obrigações de fazer e não fazer fungíveis ou infungíveis⁶².

60 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118.

61 TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 202.

62 SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 126.

Em relação à aplicação da multa, discute-se se seria possível sua aplicação nas obrigações fungíveis, uma vez que, conforme já ressaltado anteriormente, é característica desse tipo de obrigação a possibilidade de ser realizada por terceiros.

Embora a multa tenha sua principal aplicação nos casos de obrigações infungíveis, sua cominação também é possível no caso de obrigações fungíveis. Isso porque a possibilidade prevista na lei de aplicação de meios de sub-rogação não impede que se busque o cumprimento pelo próprio réu, mesmo porque há situações em que a busca pelo resultado prático equivalente, apesar de ser possível, é extremamente onerosa⁶³. Ainda, como bem observa Guerra⁶⁴, a legislação não faz qualquer referência quanto à infungibilidade da obrigação, a fim de estabelecer a multa diária, não havendo, dessa forma, qualquer restrição quanto à sua aplicação também nos casos de obrigações fungíveis. Por fim, não se pode esquecer que o processo visa sempre, como forma de garantir a sua maior efetividade, ao cumprimento específico das obrigações, o que torna a adoção da multa, mesmo nos casos de obrigações fungíveis, essencial para se atingir a finalidade do processo.

Os critérios de fixação da multa são de extrema importância. A multa tem natureza coercitiva, consistente em forma de pressão sobre a vontade do réu, a fim de convencê-lo a cumprir a ordem do juiz⁶⁵. Caso a multa não surta os efeitos esperados, converte-se em desvantagem patrimonial. No entanto, como bem observa Mancuso⁶⁶, o valor da multa não poderá ser algo tão exorbitante a ponto de arruinar o demandado, tornando-o insolvente.

Em razão disso, visando ao atingimento da finalidade da multa, é preciso verificar quais são os critérios que deverão nortear o juiz na fixação do seu valor. Nesse sentido, aponta a doutrina que o valor da

63 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

64 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 218.

66 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 287.

multa deverá ser em quantia suficiente para convencer o réu de que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem judicial⁶⁷.

Nesse sentido, pondera Arenhart⁶⁸ que a multa não poderá ser fixada em valor excessivamente pequeno, uma vez que não cumprirá com a sua função coercitiva, já que o réu poderá entender ser mais benéfico arcar com a multa do que cumprir a ordem judicial. Por outro lado, também não pode a multa ser fixada em valor excessivamente alto, pois, neste caso, a multa também não atingirá a sua finalidade, uma vez que o réu, verificando a possibilidade de solver a multa com o seu patrimônio, imaginará que essa multa jamais será exigida, porque é impossível o seu adimplemento.

Em razão disso, assevera Arenhart⁶⁹ que a multa deverá ser fixada em valor adequado e suficiente para estimular o réu a cumprir a ordem judicial proferida. Para tanto, deverá o juiz se basear nas circunstâncias do caso concreto, em especial, na capacidade econômica do réu, de forma a avaliar o impacto patrimonial a ser sentido por ele, caso seja necessária a cobrança do valor. Ainda é preciso atentar para a frustração da função coercitiva da multa em razão de certa particularidade da situação patrimonial da pessoa, como, por exemplo, caso o réu já seja insolvente ou se só tiver bens impenhoráveis, hipóteses em que a multa não exercerá nenhuma função coercitiva.

Em que pese a multa ser um instrumento processual bastante utilizado, conforme será melhor analisado a seguir, há outros instrumentos que podem ser utilizados, com base nos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

3.2. Outras formas de efetivação

Por fim, cumpre analisar brevemente a possibilidade de imposição de outras medidas de coerção e medidas de sub-rogação.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 219.

68 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 355.

69 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 356-357; Nesse mesmo sentido, SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181-182.

Como bem observa Spadoni⁷⁰, há casos em que a imposição da multa pecuniária não é suficiente para tutelar adequadamente o bem jurídico, uma vez que a multa nem sempre teria o condão de impedir a ocorrência do ilícito.

Em razão disso, o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor potencializa a efetividade da tutela inibitória, uma vez que dá poderes ao juiz para determinar outras medidas necessárias que não somente a imposição de multa, a fim de efetivar a proteção do bem jurídico envolvido, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, entre outros⁷¹.

Esse poder concedido ao juiz independe de pedido expresso do autor da demanda ou da instauração de uma nova relação jurídica processual, além de independe, também, da vontade do réu⁷².

Assevera Arenhart⁷³ que tais medidas são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal como prevê o artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda, a própria Lei Antitruste (Lei 12.259/2011) prevê a possibilidade de expropriação do poder de administração da empresa, exemplo em que há um caso de sub-rogação.

Pode-se imaginar que semelhantes medidas não possam ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da agressividade que apresentam. No entanto, como bem observa Arenhart⁷⁴, a medida sub-rogação, justamente por implicar a dispensa da colaboração do demandado, pode ser o caminho mais efetivo e mais rápido para a tutela dos interesses em juízo. Ainda, poderá a medida ser menos onerosa ao demandado, nos termos dos artigos 829 e 847 do Código de Processo Civil.

70 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 206-207.

71 VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 95, p. 60, fev. 2011.

72 SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

73 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 398.

74 ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 397.

O rol constante do artigo 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, como bem ressalta Talamini⁷⁵, não é exaustivo. No entanto, isso não significa que o juiz possui poder ilimitado, pois deve se atentar para as peculiaridades do caso concreto, aplicando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como não poderá usar a prisão civil como meio coercitivo.

Em análise sobre o tema, cita Salles⁷⁶ duas possibilidades de outras medidas: restritiva de direitos ou imposição de medida executiva mais gravosa. No primeiro caso, considerando que não há autorização legal para restrição de liberdade, poderá o juiz determinar a restrição de direitos não fundamentais, tais como a interdição do estabelecimento ou parte dele, a limitação de funcionamento, fixação de horário para prática de certos atos, entre outros⁷⁷.

Poderá, ainda, haver a imposição de medidas mais gravosas, tais como a realização do ato por terceiros ou a decretação de intervenção judicial, medidas estas de sub-rogação.

Cumprindo ressaltar que é possível uma resposta satisfativa com a imposição de uma única providência pelo juízo. No caso de obrigação de não fazer poderão ser utilizadas medidas como interdição, lacração ou embargo. Nesse sentido, Salles⁷⁸ cita o exemplo de um caso em que há uma atividade poluidora. A imposição pelo juiz da interdição do estabelecimento, por exemplo, pode produzir o resultado prático equivalente.

Por fim, alguns doutrinadores citam como medida possível, no caso de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, a intervenção judicial, prevista atualmente somente no artigo 96 da Lei 12.529/2011.

75 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270.

76 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289.

77 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289-290. Cumprindo ressaltar que essas medidas não são de caráter substitutivo.

78 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 292.

De acordo com Salles⁷⁹, não haveria óbice para sua aplicação a outras áreas, inclusive na tutela coletiva, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já tem previsão expressa desse mecanismo.

No mesmo sentido, Guerra⁸⁰ afirma que o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, pelo regime do Código de Processo Civil, conferiu ao juiz amplos poderes, no sentido de determinar qualquer medida que entender adequada para o atingimento do resultado prático equivalente.

Dessa forma, considerando que a Lei 12.529/2011 disciplinou a intervenção judicial, entende o autor que não haveria qualquer impedimento para que esse mecanismo fosse aplicado também em outras áreas, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor é mais amplo e abrangente, dando permissão ao juiz para adotar a medida que entender mais adequada ao caso concreto⁸¹.

Da análise dos posicionamentos acima expostos, de fato, não se vislumbra qualquer óbice para a aplicação da intervenção judicial no caso da tutela inibitória coletiva. Tal medida está em consonância com a tendência do direito processual brasileiro, que é a de dar maior efetividade ao cumprimento das decisões judiciais. Assim, desde que respeitados parâmetros mínimos, tais como as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deverá também esta medida ser aplicada na efetivação da tutela inibitória, cuja adequação deverá ser feita casuisticamente pelo juiz.

De todo o exposto, verifica-se que foram conferidos aos juízes amplos poderes na determinação das medidas adequadas para a efetivação da tutela coletiva, entre elas a tutela inibitória, podendo ser aplicadas quaisquer medidas neste sentido, inclusive a intervenção judicial,

79 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 293. Neste mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 277.

80 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

81 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

desde que respeitados as garantias constitucionais do processo e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. Conclusão

O estudo das novas tendências da responsabilidade civil, as quais têm incluído neste conceito a prevenção de danos, demonstrou ser o alicerce de direito material para justificar a necessidade de se repensar a tutela jurisdicional porque o processo é instrumento do direito material e, como tal, deverá ser pensado não como um fim em si mesmo, mas à luz do direito material. Havendo um direito material que contém algumas peculiaridades, deverá haver uma tutela jurisdicional adequada para proteger esse direito.

Dessa forma, verifica-se que as novas tendências da responsabilidade civil têm grande influência na tutela inibitória no Brasil porque a tutela inibitória se destina a impedir a ocorrência, a continuidade ou a repetição do ilícito, motivo pelo qual é instrumento adequado para proteger direitos os quais, em razão das suas peculiaridades, necessitam de uma atuação preventiva e não reparatória.

Em relação à efetivação da tutela inibitória coletiva, há possibilidade de aplicação de multa e de outros instrumentos nos termos dos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, estando os juízes munidos de amparo legal para que haja o efetivo cumprimento das ordens judiciais. No entanto, o fato de haver a previsão legal não necessariamente implica quais instrumentos serão utilizados, uma vez que ainda há certa restrição quanto à aplicação de outros instrumentos de efetivação que não a multa.

De todo o exposto, conclui-se que o reconhecimento e aplicação da tutela inibitória coletiva representa, sem dúvida, um avanço, a qual ainda necessita de aprimoramentos doutrinários e, principalmente, da sua aplicação pela jurisprudência pátria.

Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: ano 52, n. 318, p. 7-23, abr. 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di diritto civile*. Padova: Cedam, anno L, n. 4, p. 607-624, lug/ago. 2004.

BIANCA, C. Massimo. L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito. In: BELLELLI, Alessandra (a cura di). *Azione inibitoria e interessi tutelati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 13-27.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. (Vol. 4).

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Vol. 1).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1942. (Vol. 1).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DESTEFENNI, Marcos. *Estabilidade, congruência e flexibilidade na tutela coletiva*. 441 f. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Tomos I e II).

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. (Vols. I, II e III).

_____. *Instrumentalidade do processo*. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 1-6.

_____. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova; v.52, n.4, p. 999-1026, ott/dic. 1997.

GONÇALVES NETO, Diógenes Mendes. *Condenação para o futuro no sistema processual brasileiro*. 255 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed, segunda tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Tutela jurídica e proteção ao ambiente. *Jurisprudência brasileira: cível e comércio*. Curitiba: Juruá Editora, . 174, p. 67-70, 1995.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. *O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente*. 211 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória ambiental: considerações iniciais sobre a prevenção do ilícito ambiental. *Revista de direitos difusos*. Rio de Janeiro: IBAP-ADCOAS, vol. 28, p. 3973-3999, nov/dez. 2004.

PEREIRA, Luiz César da Silva. Tutela jurisdicional preventiva do meio ambiente: considerações acerca da tutela inibitória. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*. Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 2, n. 3, p. 133-167, jan/jun. 2009.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

RAPISARDA, Cristina; TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2007, v. 19, Inibitoria-Ispezione, p. 1-18.

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O princípio da precaução e a sua aplicação pelo poder judiciário*. 169 f. Dissertação de Mestrado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela preventiva (inibitória) nas obrigações de fazer e não fazer*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo da. *Tutela inibitória e atuação jurisdicional preventiva*. 191 f. Dissertação de Mestrado. (Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Lucas Carlos. A execução da tutela inibitória coletiva: aspectos de sua (in)eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 95, p. 52-75, fev. 2011.

Advogados da criança têm 172 casos em 70 dias

Em São Paulo, um novo serviço judicial de atendimento ao menor encaminha denúncias de torturas, maus-tratos e omissões

Do Reportagem Local

O Serviço de Advocacia da Criança (SAC) tem apenas 70 dias e já dá encaminhamento jurídico a 172 casos de menores violentados, torturados e usados por seus pais, amigos ou desconhecidos. Só é pouco se imaginar-se que há seis milhões de menores na Grande São Paulo. Até agora, segundo a advogada Mary Livingston, uma das diretoras do SAC, eles ficaram "no Deus dará", distantes do Juizado de Menores e com medo de se apresentarem à polícia.

O serviço é o primeiro do gênero na América Latina, e ainda está provisoriamente instalado na sobreloja do prédio da Secretaria de Defesa do Consumidor (Procon), na rua Libero Baduró, 119, no centro da cidade. Lá, numa sala de 25 metros quadrados, plantonistas se revezam no atendimento ao telefone 238-0411 durante 24 horas, incluindo domingos e feriados. Atende-se qualquer queixa de agressão a crianças, como espancamento, violência sexual, prática de atos lascivos, cárcere privado ou omissão de atendimento.

"É horrroso o que chegam a fazer com as crianças", diz o presidente da seccão paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Antônio Carlos Mariz de Oliveira, 42. A iniciativa em criar o serviço foi da Secretaria Estadual do Menor e da OAB, unidas em convênio para prestar assistência jurídica aos agredidos que ainda não tenham completado 18 anos.

Ao todo, 30 advogados conveniados da OAB atuam no SAC, para onde também foram remanejados 12 procuradores de Justiça do Estado e representantes das secretarias da Justiça e do Menor. O serviço ainda está precariamente instalado: não há sequer um carro para atender os chamados que exigem deslocamento de pessoal.

Denúncias

São 86 os processos abertos pelo órgão para apurar maus-tratos a 172 crianças das mais diversas camadas sociais. "As denúncias, mesmo sem divulgação, chegam diariamente des hospitais da cidade", diz Mary Livingston, 46.



Maria de Lurdes, Leila Buazar, Norma Kyriakos, Mary Livingston e Ediva Marino, advogadas do Serviço de Advocacia da Criança, em frente à Secretaria da Justiça

Ontem, Mary se reuniu pela manhã com as procuradoras Ediva Aparecida Pellin Marino, Maria de Lourdes Lago Vieira, Norma Kyriakos e Leila Buazar, outras integrantes do SAC. Numa sala da Secretaria da Justiça, elas disseram que "pode parecer um absurdo, mas a palavra do menor não vale nada na Justiça". Para Norma, 48, esse é um dos

principais mecanismos de absolvição de adultos que seduzem e praticam atos lascivos com crianças, um dos crimes de maior incidência praticado contra menores.

De acordo com Ediva, 42, os atos lascivos são entre as mais graves violências praticadas por pais, padrastos ou conhecidos da família da

criança. Dos casos recolhidos pelo serviço, ela citou o de uma menina de 12 anos que teve recentemente um filho de seu padrasto, com quem mantinha relações sexuais desde os 8 anos. Ainda hoje, moram todos na mesma casa.

Outra menor, desde os 4 anos de idade, mantém intimidades sexuais com o pai legítimo, embora ainda

seja virgem. Afastada da mãe, a criança não conhece até agora, aos 8 anos, outra forma de se relacionar com o pai. A denúncia chegou a um juiz, mas não houve prova alguma contra o pai. Ele continua com o direito de guarda sobre a menina.

Outro processo arquivado, onde os advogados não conseguiram agir, é o de um menino que se submetia aos

desejos sexuais do pai. A denúncia também chegou ao Judiciário, mas a incidência de provas levou o pai a ser absolvido. A avó do menino — testemunha do caso — depõe a favor do filho, enquanto que as queixas formais do neto, de 8 anos, não tiveram eco judicial.

Violência

Em outro caso, o de uma garota de 11 anos de idade, recentemente internada num hospital da cidade, descobriu-se que a criança portava cinco diferentes doenças venéreas e que seu irmão a havia "dado de presente" a um amigo. A interação se deu por violação anal. Hoje, ela está numa instituição do Estado, com seu irmão menor, de 8 anos, que se propunha para comprar e cheirar cola de sapateiro. O irmão mais velho e a mãe estão desaparecidos.

Segundo Maria de Lourdes, 30, a maior parte dos casos registrados pelo Serviço de Advocacia da Criança são de famílias com baixo poder aquisitivo. "Isso porque as denúncias, por enquanto, chegam através de funcionários de hospitais que sabem da nossa existência. Nas classes altas essas agressões ocorrem até com maior incidência, mas ficam restritas a quatro paróquias, principalmente nas famílias de grande poder econômico", diz.

"Cruzada"

A partir da constatação do caso, o SAC tenta levantar provas e ingressar na Justiça contra o agressor do menor. Passa a acompanhar o caso judicialmente e dar assistência social e psicológica à criança, removendo-a para a casa de um parente que queira ser seu tutor legal. Não encontrando novo lar, a criança é levada para uma instituição do Estado, como a Casa Renascença ou a Casa Abrigo, onde as vagas disponíveis são poucas.

"Precisamos de uma cruzada nacional contra essas agressões", diz Mary. Segundo ela, esse é "um trabalho de formiguinha que, se não for iniciado, só tende a piorar o que já existe". Num primeiro momento, como é de agora, ela se contenta em garantir "o mínimo do direito de cidadania" aos menores agredidos.

(Carlos Alberto Zanotti)

Leila Buazar (*in memoriam*)
acompanhada das colegas Maria de Lurdes,
Ediva Aparecida Pellin Marino,
Norma Jorge Kyriakos e Mary Livingston.

editoração e impressão

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Leila Buazar



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos