CEUB
Centro Universitário de Bauru

edite
Editora da
Instituição Toledo de Ensino

REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS

Divisão Jurídica

ISSN 2446-5127

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos	Bauru	v.49 n.64	p. 01-287	jul./dez. 2015

REVISTA DO INSTITUTO DE PESQUISAS E ESTUDOS (DIVISÃO JURÍDICA)
Publicação semestral da Faculdade de Direito de Bauru
Mantida pela Instituição Toledo de Ensino (ITE)

DIRETORIA EXECUTIVA

Executive Board

Antônio Eufrásio de Toledo Filho

Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

SUPERVISÃO EDITORIAL
Editorial Supervision
Flávio Eufrásio Carvalho de Toledo

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Editorial Coordination
Bento Barbosa Cintra Neto

DIREÇÃO / *Direction*

Vera Maria Regina Casério – Diretora

CATALOGAÇÃO / *Cataloguing*
Márcia Perez Viana – Biblioteca Rui Barbosa

CONSELHO EDITORIAL/ *Editorial Board*

Prof. Dr. Eduardo Andrés Velandia
Universidad Libre de Colômbia

Profa. Dra. Eliana Franco Neme
Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira
Instituição Toledo de Ensino - Bauru/SP

Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Haideer Miranda Bonilha
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa (Costa Rica)

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araujo
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón
Instituição Toledo de Ensino Bauru/SP

Profa. Dra. Patrícia Miranda Pizzol
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Roberto Romboli
Università di Pisa

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic
Universidade de Atacama

Prof. Dr. Rogelio Barba Alvarez
Universidad de Guadalajara

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi
Universidade do Estado de São Paulo

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Universidade Estadual do Norte Pioneiro

edite
Editora da Instituição Toledo de Ensino

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos : Divisão Jurídica.
Instituição Toledo de Ensino. -- n. 1 (1966) - . --
Bauru, SP : a Instituição, 1966- .
v. 49, N. 64
Semestral
ISSN 2446-5127
1. Direito – periódico I. Instituto de Pesquisas e Estudos.
II. Instituição Toledo de Ensino
CDU 340 CDD 340

EDITE – Editora da Instituição Toledo de Ensino
Praça 9 de Julho, 1-51, Vila Pacífico | 17050-790 | Bauru/SP | Brasil Disponível para acesso integral e gratuito no endereço: ojs.ite.edu.br / www.ite.edu.br
Indexação: CCN. RBVI, Ulrich´s, Latindex, Library of Congress, IES (nacionais e internacionais)
NOTA: Os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da redação da Revista

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS: Proibida a reprodução total ou parcial, sem a prévia autorização da Instituição, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos ou videográficos. Vedada a memorização e/ou recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de quaisquer partes desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e §§, do Código Penal, cf. Lei no. 6.895, de 17-12-1980) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124 e 126, da Lei no. 5.988 de 14-12-1973, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

5 EDITORIAL

DOUTRINA INTERNACIONAL

7 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
O controle de convencionalidade diálogo na área de proteção judicial interamericana.
Haideer Miranda Bonilha

DOUTRINA NACIONAL

57 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO.
Society participation in account: past, present and future
Alan Pereira de Araújo

84 A ERA DOS PRINCÍPÍOS NO BRASIL: ALGUMAS CRÍTICAS IMPORTANTES.
The age of the principles in Brazil: some critical important.
JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA
SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

114 DIREITO PENAL DO INIMIGO
Enemy's criminal law
Lucas Daniel Ferreira de Souza

130 HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL: PERSPECTIVAS, PROCEDIMENTOS, PROBLEMAS E PROPOSIÇÕES
Foreign arbitral award homologation in brazil: perspectives, procedures, problems and propositions
Marcelo Bidoia dos Santos

153 TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA INCONTROVÉRSIA DE PARCELA DA DEMANDA: ESTABILIZAÇÃO OU DESMISTIFICAÇÃO DA COISA JULGADA?
Protection of evidence founded on demand portion of incontrovérsia: stabilization or demystification of res judicata
TAÍSA SILVA DIAS FREZZA
FLÁVIO LUIS DE OLIVEIRA

220 CELERIDADE E EFICÁCIA NO NOVO CPC

Speed and efficiency the new CPC

Tiago Nasr Bueno de Moraes

Peter Panutto

291 NORMAS DE SUBMISSÃO DE ARTIGOS

EDITORIAL

Prezados leitores, apresentamos o número 64 da nossa revista e assim completamos 49 anos de existência.

Um trabalho que exigiu dedicação e diálogo com todos os envolvidos para, agora, ser divulgado e continuar com a vontade inicial do nosso fundador, o saudoso Dr. Antônio Eufrásio de Toledo, e assim continuamos a nossa caminhada rumo ao cinquentenário de nossa primeira publicação.

No mesmo sentido, graças às colaborações dos autores que nos prestigiam com suas pesquisas e dialéticas, seguimos com a divulgação da produção científica do mundo jurídico, seja da graduação ou da pós-graduação, em especial a linha de pesquisa dos cursos Strictu Sensu da Instituição, que observam o direito constitucional e as garantias constitucionais para o acesso ao direito e à Justiça.

Iniciamos com um artigo da Costa Rica que aborda a relevância do direito constitucional no diálogo entre Cortes de diferentes Soberanias.

Continuamos com o tema sociedade em conta de participação e um estudo sobre sua história, do seu passado até o futuro que está por chegar.

Passamos, então, a uma crítica sobre a "era dos princípios" no Brasil, passados vinte e sete anos de vigência da nossa constituição cidadã.

Assim, chegamos ao direito penal do inimigo, com sua hermenêutica sobre o trato das pessoas e dos humanos.

Em um mundo cada vez mais próximo e conectado, vem o tema da homologação de sentença arbitral estrangeira em nosso ordenamento e as problemáticas decorrentes da recepção desta decisão.

Para apaziguar, apresentamos trabalho que trata da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, trabalho esse que conquistou o Prêmio Maria do Carmo Leite Toledo do ano de 2014.

Encerrando, vem o tema do novo código de processo civil sob a ótica da celeridade e eficácia, em vista do anseio dos brasileiros por uma justiça real.

Até o nosso cinquentenário.

Saudações Iteanas.

Bento Barbosa Cintra Neto

Editor

DOUTRINA INTERNACIONAL

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIÁLOGO NA ÁREA DE PROTEÇÃO JUDICIAL INTERAMERICANA

HAIDEER MIRANDA BONILLA[1]

RESUMEN
El presente estudio tiene como finalidad analizar el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En particular, a través del análisis de los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se analizara como el control de convencionalidad ha sido implementado en sede nacional, particularmente en Costa Rica y México, así como los desafíos que tienen los jueces nacionales como impulsores de ese instrumento de diálogo judicial interamericano cuya finalidad es la creación de estándares mínimos de tutela.

PALABRAS CLAVES
Control de Convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Diálogo judicial, Derechos fundamentales, efectos de las sentencias convencionales, ius commune latinoamericano, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

[1] Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Master en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha realizado pasantías profesionales en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como estancias académicas en el Centro de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo" y en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", ambos de la Universidad Carlos III de Madrid, en el Centro di Studi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Dipartimento di Diritto Pubblico, Universidad de Pisa, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. San Jose / Costa Rica - Telefone: +506 2511 1521 – e-mail - - haideerm@gmail.com

1. Introducción. A partir de mediados del siglo XX se empezó a hablar de la "internacionalización del derecho constitucional" y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la "constitucionalización del derecho internacional". La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen un dimensión constitucional, es decir, que son constitucionales del orden internacional que implica el respecto por los derechos humanos[2].

El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico. Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar como el derecho internacional de los derechos humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional. En este sentido, puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales y el control concentrado de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH, pues en términos generales ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana[3]. Asimismo, en el establecimiento del control de convencionalidad en sede nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Almonacid Arellano vs. Chile" tomó como referencia la jurisprudencia de Cortes,

[2] Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre del 2007. Serie C No. 174, párr. 6.
[3] HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, p. 109-128.

Salas y Tribunales Constitucionales de la región, quienes desde hace tiempo vienen ejerciendo ese tipo de control en sus respectivo ordenamientos[4].

El presente estudio tiene como finalidad analizar el impacto que ha tenido el control de «convencionalidad de convencionalidad» en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y en sede nacional. En particular, a través del análisis de los antecedentes históricos, el fundamento normativo, el parámetro, las características, los efectos del control. Además, se analizarán los desafíos que tiene el control de convencionalidad «en sede nacional» a cargo de los jueces nacionales como impulsores de ese mecanismo ideado para lograr el respecto de estándares mínimos de tutela y que los convierte prácticamente en "jueces interamericanos". En este sentido, se analizará como en la *praxis* como se ha llevado a cabo el control de convencionalidad en algunos ordenamientos, particularmente en Costa Rica y México con posterioridad a la sentencia Almonacid Arellanano vs. Chile por la Corte IDH.

Las precisiones en la aplicación del control de convencionalidad en sede nacional que ha desarrollado en los últimos años la jurisprudencia interamericana y la atenta sensibilidad de la academia a través de un número significativo de estudios, refleja la actualidad de la temática, la cual es considerada como el gran desafío que tiene el juez nacional en América Latina[5]. En este sentido, se pretende analizar la intensidad con que ha sido implementado a nivel nacional y cuales son los principales desafíos y retos que enfrenta en el futuro.

2.2. El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional[6]. En este sentido se reconoce la

[4] Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
[5] Cfr. Corte IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso Cabrera y Montiel Flores vs. México, sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220 .
[6] Sobre el control "concentrado y difuso" de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH- existe una vasta bibliografía entre la que se puede citar: ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008. Castilla Karlos. *El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco*, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol XI, 2011, pp. 593 – 624. BAZÁN Victor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad.* Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012. CARBONELL Miguel.

existencia de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional como se verá más adelante.

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte IDH comúnmente denominada la Corte de San José de forma *subsidiaria, complementaria* en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados –aplicables-, mediante un *examen de confrontación normativa* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto[7]. La Corte de San José tiene a su cargo "el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana. Esta solo puede confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales-, por ejemplo con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y estas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza"[8].

Introducción general al control de convencionalidad. Ed. Porrúa, México D.F, 2013. FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés Diego (coord.), Formación y Prespectivas del Estado en México. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188. GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del "control de convencionalidad" por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vólumen 56, julio – diciembre de 2012, San José. HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)* en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128. IBAÑEZ RIVAS, Ana María. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, n. 8, 2012, pp. 103 – 113. REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008. SAGUES Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. en Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135. SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa.* Ed. Porrúa, México, 2012. VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH y IIDH, San José, 2011, pp. 385 – 416.

[7] REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008, p. 46.

[8] Corte IDH. Voto particular de Sergio García Ramírez en el caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 155, párr. 6 y 7.

Al respecto, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte se refieren expresamente a dicho control, sino que es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 63, 67 y 68.1 de la Convención Americana. En la jurisprudencia interamericana la primera referencia a la expresión "control de convencionalidad" se encuentra en el voto razonado del *ex* juez interamericano García Ramírez en la sentencia Myrna Chang vs. Guatemala (2003), la cual reiteró en los votos particulares de los casos Tibí vs. Ecuador (2004) y Vargas Areco vs. Paraguay (2006)[9] y que posteriormente fue reconocida por la totalidad de los integrantes de la Corte IDH en la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile (2006)[10], en donde se creó la doctrina del "control difuso de convencionalidad" que deben llevar a cabo todas las autoridades nacionales, incluso los jueces y órganos encargados de la administración de justicia.

A pesar de que el reconocimiento expreso de tal instituto jurídico es reciente, la Corte de San José ha venido ejerciendo el «control concentrado de convencionalidad» desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras en 1988[11], momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales[12]. Nótese, que en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos – en adelante Sistema IDH.- la responsabilidad internacional es de carácter objetivo, pues recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes y mucho menos tiene un carácter individual sobre el individuo como acontece en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En las sentencias Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi, Solís Corrales (1989) la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado de Honduras por la

[9] Corte IDH. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C. No 101, párr. 27 y Tibi vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C. No 114 , párr. 3.
[10] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
[11] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4.
[12] CANÇADO TRINDADE Antônio. *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 573. En AA.VV. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

desaparición forzada, interrogatorios y torturas que fueron sometidas las víctimas por parte de las fuerzas armadas, así como por la omisión de las autoridades judiciales en investigar y sancionar a los culpables de tan graves violaciones de derechos humanos. Posteriormente, en el caso La Ultima Tentación de Cristo "Olmedo Bustos y Otros" vs. Chile la Corte IDH determinó la incompatibilidad del artículo 19 número 12 que mantenía la censura cinematográfica por cuanto limitaba la libertad de expresión y pensamiento reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana y ordenó al Estado modificar su propio ordenamiento eliminando el instituto de la censura previa[13]. Lo anterior, es de trascendental importancia, pues es la primera sentencia en la que la Corte IDH declaró la incompatibilidad o mejor dicho la «inconvencionalidad» de una norma constitucional con la Convención Americana. En igual sentido, se pueden citar la sentencia Caesar vs. Trinidad y Tobago[14].

En la sentencia Barrios Altos vs. Perú, la Corte de San José determinó que la aprobación y aplicación de leyes de amnistía que exoneraban de responsabilidad penal a militares, policías y civiles que hubieran cometido graves violaciones de derechos humanos vulneran los artículos 1.1, 2, 7, 8 y 25 de la Convención Americana y por primera vez determinó que éstas carecen de efectos jurídicos[15]. Esa tesis jurisprudencial ha sido reiterada en numerosos fallos por los jueces interamericanos, quienes han determinado que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las

[13] La Corte IDH en el punto resolutivo 4 de la sentencia en cuestión ordenó: "(…) el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto". Caso La última Tentación de Cristo "Olmedo Bustos y otros" vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

[14] Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de marzo del 2005. Serie C. No. 123.

[15] En esa oportunidad la Corte de San José indico: "(…) los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos".Corte IDH. Caso Barrios Altos vs Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41, 43 y 44.

desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[16].

En la reciente sentencia Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH declaró que por sus efectos, la Ley de Caducidad se constituye en una ley de amnistía incompatible con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y por lo tanto, carente de efectos jurídicos[17]. Ello, a pesar de que la Ley de Caducidad fue aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en un referéndum y un plebiscito que se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Para los jueces interamericanos:

"La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías".[18]

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha determinado que una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional puede vulnerar la Convención Americana por aplicar una norma o realizar una interpretación contraria a esta. Al respecto, el Tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter *subsidiario, coadyuvante y complementario*, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia"[19]. En este sentido, la Corte ha precisado

[16] Sobre las «leyes de amnistía, indulto o de punto final» existe una vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la que se puede citar: Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

[17] Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero del 2011. Serie C. No. 221, párr. 237 a 246 y 312.

[18] Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de Fondo, párr. 238 y 239.

[19] La doctrina de la "cuarta instancia" ha sido desarrollada por la Corte IDH en diferentes sentencias dentro de las que se puede citar: Caso Atala Riffo vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

que no es un tribunal de alzada o de apelación, para dirimir los desacuerdos entre las partes, sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en principio corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares". Lo anterior, en virtud de que la jurisdicción interamericana tiene como principal función determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas incluidas las de sus órganos judiciales con la Convención Americana[20].

En el caso Mauricio Herrera vs. Costa Rica, los jueces interamericanos determinaron que la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso de casación interpuesto por la víctima, vulneró los artículos 8.2 inciso h) de la Convención Americana en virtud de que no se realizó un "examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior"[21]. En la sentencia Atala Riffo vs. Chile, la Corte determinó que las sentencias judiciales habían hecho referencia a que conceder la custodia de la madre «por su orientación sexual», podía poner en peligro el interés del menor, motivo por el cual sin que existiera un estudio técnico concedieron la custodia de las tres menores a su padre, lo cual fue considerado violatorio del principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana[22].

Las sentencias de Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales no escapan a ese control concentrado de convencionalidad. En el reciente caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la Corte IDH analizó el contenido de la sentencia número 2306 del 15 marzo del 2000, por medio de la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró

---

de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219, párr. 65. Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80 y Caso Cabrera García y Montiel Flores. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220 párr. 16.

[20] Corte IDH. Caso Niños de la Calle "Villagrán Morales y otros" vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63, párr. 222.

[21] Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107, párr. 167.

[22] Corte IDH. Caso Atala Riffo vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 219.

inconstitucional el decreto legislativo No. 24029-S que permitía la técnica de la fecundación *in vitro*, determinando en lo que interesa que:

"(…) el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras[23]".

En virtud de lo anterior, el Tribunal interamericano determinó que la interpretación contenida en la sentencia constitucional vulneraba el derecho a la vida privada y familiar reconocido en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana[24].

Lo anteriormente expuesto evidencia como la Corte IDH en 35 años de jurisprudencia contenciosa ha llevado a cabo un control de convencionalidad que se asemeja en gran medida al control concentrado de constitucionalidad que efectúan las Cortes o Tribunales Constitucionales. En ese sentido, en un voto concurrente el *ex* juez interamericano García Ramírez indicó:

"En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de

[23] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C. No. 257, párr. 277.
[24] Un comentario a esa sentencia se puede ver en: MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro.* En Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía"[25].

Esta similitud se presenta además por el hecho de que ambas jurisdicciones les corresponde dar actuación a verdaderos catálogos de derechos «*bill of rigths*» como la Constitución y la Convención Americana respectivamente, instrumentos que contienen principios y valores que requieren ser interpretados. Por ello, se considera que la interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento[26]. Tal especificidad aplica también para la interpretación que llevan a cabo los jueces interamericanos del texto de la Convención Americana[27], aunque los criterios de interpretación de ambas jurisdicciones no necesariamente son los mismos[28].

Por otra parte, la Corte IDH desempeña un control de convencionalidad «preventivo y abstracto», cuando en ejercicio de su competencia consultiva reconocida en el artículo 64 de la Convención Americana, un Estado le solicita su opinión sobre un proyecto de ley o incluso de reforma constitucional. Por ejemplo, en la opinión consultiva OC/484 "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización", la Corte de San José se pronunció sobre la incompatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Americana, en particular que "sí constituye discriminación

[25] Corte IDH. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso Tibí vs. Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 3.

[26] GUASTINI Ricardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1994, p. 270. El autor considera que la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad respecto de la interpretación de cualquier otro documento jurídico. En sentido contrario a esa tesis se puede citar en la doctrina constitucional italiana a AZZARITTI Gaetano (coord.) *Interpretazione Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007, p. 17 ss.

[27] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional,* p. 209. En VALADÉZ Diego y GUTIÉRREZ RIVAS Rodrigo (coord.). *Derechos Humanos.* Memoria del IV Congreso Nacional de Derechos Constitucional III. UNAM, México, 2001.

[28] Las *pautas interpretativas* que deben de respetar los jueces de la Corte IDH se encuentran establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual dispone: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges."[29] Tal observación fue tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el texto de la Reforma Constitucional número 7065 que aprobó el 21 de mayo de 1987. Este instrumento es de indudable valor pues los Estados tienen la posibilidad de consultar a la Corte IDH sobre la compatibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional con la Convención Americana de previo a su aprobación.

Una ulterior precisión encuentra relación con el hecho de que la jurisprudencia interamericana siempre ha resaltado y valorizado que los principales garantes de la tutela de los derechos reconocidos en la Convención Americana, son los Estados. Lo anterior evidencia el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción de la Corte de San José, principios que tienen una estrecha relación con el mecanismo convencional "el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad[30]". Ello conlleva a que el control de convencionalidad en sede internacional se realiza de forma *supletoria*, únicamente en aquellos supuestos en los cuáles las autoridades nacionales o los jueces nacionales no han hecho lo que les corresponde, pues solo así tiene sentido considerar la jurisdicción interamericana. Esa tesis ha sido reafirmada por la Corte de San José en recientes fallos.

3. El control de convencionalidad en sede nacional. En la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile del 5 de agosto del 2006, la totalidad de jueces de la Corte IDH reconocieron formalmente por primera vez, la doctrina del control de convencionalidad al establecer:

"La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en

[29] Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización". Serie A, No. 4.
[30] Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 72 y Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 30 de noviembre del 2012. Serie C. No. 259, párr. 144.

su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno" Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969".[31]

Esta sentencia se inscribe en la línea jurisprudencial de la Corte IDH de considerar las leyes de amnistía incompatibles con la Convención Americana y por lo tanto privas de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico interno[32]. En la sentencia Almonacid Arellano se declaró que el decreto de ley, el cual perdonaba crímenes de lesa humanidad, en el período de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, era incompatible con la Convención Americana.

En la formalización de esa doctrina, la Corte IDH recurre al método comparado al que tal y como ella misma afirma «paulatinamente ha ido reconociendo cada vez más importancia en sus

[31] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

[32] Sobre las leyes de amnistía existe una vasta jurisprudencia de la Corte IDH dentro de la que se puede citar: Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, No. 219; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

decisiones»[33], pues analiza como la jurisprudencia de diferentes Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas han venido desde años atrás implementando un control de convencionalidad. En la sentencia Cabrera García y Montiel Flores, los jueces interamericanos señalaron:

"Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado que:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos […], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que:

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, est[á] constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la C[orte] Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que:

en consecuencia, es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.

[33] Alguno ejemplos de la utilización del derecho comparado por parte de la Corte de San José se pueden ver en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá y Tiu Tojín vs. Guatemala tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en la sentencia Atala Riffo y Niñas Vs. Chile utilizó pronunciamientos de Tribunales Constitucionales y de su homologa la Corte Europea de Derechos Humanos para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

De otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Dicho Tribunal también ha establecido que:

se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, *reparadora*, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, *preventiva*, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que las decisiones de la Corte Interamericana "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", por lo cual dicha Corte ha establecido que "en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional". Igualmente, dicha Corte Suprema estableció "que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" ya que se "trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", se deriva "que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"[34].

[34] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 1

Lo anterior demuestra cómo diversas Cortes o Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de la región, desde tiempo atrás, han venido integrando al control de constitucionalidad de la normativa interna el control de convencionalidad, al conceder un valor privilegiado en la jerarquía de las fuentes o en su interpretación a la Convención Americana o utilizar en sus sentencias la jurisprudencia de la Corte IDH, claro ejemplo del proceso de «constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos»[35]. Por su parte, la incorporación del control de convencionalidad por parte de la Corte de San José, se convierte en un ejemplo del fenómeno inverso, es decir, del proceso de «internacionalización del derecho constitucional», particularmente al trasladar instrumentos procesales que en el ámbito interno sirven para garantizar la actuación directa de la Constitución a nivel interamericano. Ello presupone una «viva interacción»[36] entre jurisdicciones que podría constituirse en un elemento de significativo valor para corroborar la existencia de un «diálogo judicial o entre cortes» en la tutela multinivel de los derechos fundamentales en América Latina[37].

Por otra parte, el contenido del control de convencionalidad ha sido paulatinamente perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte IDH. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, los jueces de la Corte de San José precisaron el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en sede nacional el cual debe llevarse a cabo "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes"[38]. Esa tesis fue reiterada en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá[39] y Radilla Pacheco vs. México[40]. Posteriormente, en la sentencia Cabrera García y Montiel Flores

[35] Cfr. ALBANESE Susana. *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*. En ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.
[36] Esa expresión ha sido utilizada por el actual Presidente de la Corte de San José, GARCÍA SAYÁN Diego. *Una viva interacción: Corte interamericana y Tribunales Internos.* En la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un Cuarto de siglo: 1979 – 2004. Ed. Corte IDH, 2005, pp. 323 – 384.
[37] Cfr. MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina,* p. 565 ss. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) El Constitucionalismo de los Derechos. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.
[38] Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C. No. 158.
[39] Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C. No. 186.
[40] Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Serie C. No. 209.

vs. México el Tribunal interamericano sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado»; en dicha oportunidad, indicó en lo que interesa:

"Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[41].

4. Fundamento jurídico del control. En el texto de la Convención Americana, el Estatuto y el Reglamento de la Corte IDH si bien no encontramos una referencia expresa al término "control de convencionalidad", ello es una competencia inherente que deriva de lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención Americana, así como los numerales 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte IDH vigente y los artículos 1 y del Estatuto de la Corte IDH.

Al respecto, el artículo 1 de la Convención Americana dispone: "los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[41] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, op. cit. párr. 225.

Tales disposiciones son el fundamento principal del control de convencionalidad que se debe llevar a cabo en sede nacional, en particular modo, en aquellos Estados que han suscrito la Convención Americana y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. En particular, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno o principio de adecuación normativa, reconocido en el artículo 2 convencional, ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que:

"En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que "[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas". En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile)*.

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos[42]".

Así, la observación a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto de San José trasciende meramente el ámbito legislativo, pueden y deben las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales en todos los niveles, realizar interpretaciones que no limiten el estándar interpretativo establecido por la Corte IDH, precisamente para lograr la efectividad mínima de la Convención Americana cuyo compromiso los Estados se comprometieron a aplicar.[43] Ello en modo alguno impide que las autoridades nacionales brinden un mayor ámbito de tutela a los derechos fundamentales.

---

[42] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op cit. párr. 124.
[43] Corte IDH. Voto razonado del juez Ferrer Mac Gregor. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo de 2013 en el caso Gelman vs. Uruguay, párr. 50.

El fundamento del control de convencionalidad se encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales disponen que según el derecho internacional, las obligaciones que este impone, deben ser cumplidas de buena fe y no pueden invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Al respecto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC/14 indicó que:

"Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969"[44].

Los principios de derecho internacional relativos a la buena fe y el efecto útil que a su vez involucra el principio *pacta sunt servanda*, constituyen los principales fundamentos, para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados, quienes de forma voluntaria, limitaron parte de su soberanía para formar parte de una sistema internacional de protección. Ese fundamento se ve reforzado en el ámbito nacional en aquellos ordenamientos que le conceden un valor supraconstitucional y constitucional a la Convención Americana y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como acontece por ejemplo en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana y recientemente, en México[45].

[44] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, No. 14, párr. 35

[45] Sobre el tema se puede consultar, AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos.* En AAVV. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154. FIX ZAMUDIO Héctor. *La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos fundamentales*, p. 583 – 672. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

4.1. El parámetro del control. El parámetro del control de convencionalidad está conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), los diferentes protocolos adicionales a esta, en particular, el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" y el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belén do Para" y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad". Además lo integran los criterios interpretativos que ha establecido la Corte IDH en su jurisprudencia, como ha sido ampliamente reiterado.

El parámetro del control difuso de convencionalidad puede ser válidamente ampliado en sede nacional, cuando se otorgue una mayor protección al derecho fundamental. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual ha sido interpretado por la jurisdicción interamericana en el sentido de que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[46]. Ello reconoce los principios «pro homine» y «pro persona» que deben siempre informar la interpretación que llevan a cabo el juez nacional como el interamericano. En este sentido, para Ferrer Mac-Gregor la circunstancia de no aplicar el "estándar mínimo" creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea fuente nacional o internacional) implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano[47].

5. Características del control: carácter difuso. El control de convencionalidad reconocido formalmente a partir de la sentencia Almonacid Arellano tiene como una de sus

[46] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. Serie A No. 5 párr. 52. En la doctrina sobre el tema se puede citar PINTO Mónica. *El Principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humamos.* En ABREGÚ Martín y COURTIS Christian (coord). La aplicación de los tratados de derechos humanos y por los tribunales locales. Editores del Puerto, Buenos Aires. Argentina, 1997.

[47] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad.* El nuevo paradigma del juez mexicano, op. cit. p. 108.

principales características su carácter «difuso»[48], en virtud del cual lo deben ejercer todas los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia de los veinticuatro países que han ratificado la Convención Americana y de los 21 países que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.[49] En la reciente sentencia Gelman vs. Uruguay la Corte IDH extendió el ámbito de aplicación del control a «cualquier autoridad pública».

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en "el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma, en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará. En modo alguno, impone en aquellos ordenamientos, en donde existe un control concentrado de constitucionalidad a cargo de una Corte o Tribunal constitucional un «control difuso». En la *praxis* existen ordenamientos nacionales que optaron por un control difuso como México que faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y ordenamientos, en donde ese control es concentrado como en Costa Rica. Lo anterior ha sido determinado en vía jurisprudencial por lo órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

En particular, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue reformado recientemente –el 10 de junio de 2011-, para aceptar el control difuso de

[48] Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010. ID. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. En FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS Diego (coord.), Formación y Perspectivas del Estado en México. Ed. UNAM – El Colegio Nacional, México, 2010, pp. 155 – 188.
[49]JINESTA LOBO Ernesto. *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, p. 269 – 288. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Ed. Fundap, México, 2012.

constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad[50]. Con ello, la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo. No obstante, ese proceder no necesariamente debe ser implementado de forma idéntica por los demás ordenamientos.

En los ordenamientos donde existe un «modelo concentrado de constitucionalidad», el control de convencionalidad en última instancia le corresponde ejercerlo a la Corte, Sala o Tribunal Constitucional. En tal sentido, los jueces nacionales tienen el deber de dar actuación a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana, pudiendo incluso, llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme de la normativa interna[51]. En aquellos ordenamientos en donde el juez nacional no se encuentra facultado para llevar a cabo un control difuso de constitucionalidad, se encuentra en la obligación de presentar una consulta judicial. Por su parte, en aquellos ordenamientos en donde existe un control difuso como en Argentina y México, los jueces se encuentran autorizados a desaplicar la normativa interna por ser inconvencional, aunque los efectos jurídicos tendrán un valor *inter partes*, es decir, solo en el caso en concreto. Con independencia del modelo de control que se implemente a nivel interno, son los altos órganos jurisdiccionales (Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales), como intérpretes de cierre en los ordenamientos jurídicos internos, los que mantendrán un mayor grado de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad a través de su ejercicio o de su revisión en un caso en concreto[52].

5.1. El carácter *ex officio* y la obligación de todas jurisdicciones nacionales de efectuarlo dentro del ámbito de sus competencias. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú del 24 de noviembre del 2006, la Corte de San José precisó el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad.

---

[50] GARCÍA MORELOS Gumesindo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. El control de convencionalidad *ex officio*. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los Jueces Mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación. Cuadernos de Jurisprudencia Número 8, octubre 2012, México.
[51] Cfr. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.* En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
[52] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 990.

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"[53] *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"[54].

En la construcción jurisprudencial de tal instituto, la Corte IDH no solo ideó un sistema difuso, sino que este fuera ejercido de oficio por las autoridades, incluso sin que medie solicitud expresa de una de las partes en el proceso. Lo anterior implica que en cualquier circunstancia, los jueces deben realizar ese control, el cual se integra al control de constitucionalidad que existe en cada ordenamiento. Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del "control difuso de convencionalidad" por algún juez (como por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control[55].

El control de convencionalidad parte de una noción amplia de «autoridad jurisdiccional» que incorpora a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Lo anterior, incluye a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia – que se encuentren al interno o no del Poder Judicial- quiénes en última instancia, llevan a cabo el control de constitucionalidad de la normas a nivel interno. Ello convierte a estos últimos en «interlocutores privilegiados» con la Corte de San José, al incorporar y en muchos casos, ampliar en su jurisprudencia, los estándares mínimos interamericanos que posteriormente son aplicados por los jueces nacionales. Ese proceso se fortalece por el hecho de que cada vez con más frecuencia la jurisprudencia

[53] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit. párr. 124.
[54] Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, op. cit. párr. 128.
[55] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 152.

interamericana retoma decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención Americana en la resolución de un caso concreto[56].

5.2. Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH determinó un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de convencionalidad el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias», en particular, si esta ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no, indicando:

"En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el *caso Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.

Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y

[56] Así, por ejemplo la Corte IDH en el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención americana, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No.134, párr. 174 y ss. Véase asimismo casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159, 164, 182, 186, 202 y 208, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, párrs. 163 a 169, o Caso Gelman vs Uruguay, párrs. 215 a 224.

casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana"[57]. (Lo subrayado no corresponde al original).

La Corte IDH amplia nuevamente el ámbito de vigencia del control de convencionalidad al indicar que lo deben de llevar a cabo "todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia". Por otra parte, precisa que la eficacia vinculante que tienen sus sentencias dictadas en un proceso contencioso contra un Estado conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de la misma y no sólo con la parte dispositiva -ratio decidendi-. Ese cabal cumplimiento involucra a todas las autoridades nacionales incluidos las autoridades jurisdiccionales quiénes en modo alguno pueden imponer obstáculos a través de interpretaciones que tiendan a restringir o evadir lo ordenado por la Corte IDH. En relación a los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con la vinculatoriedad del criterio interpretativo o de la cosa interpretada. Así, las sentencias de la jurisdicción interamericana tienen efectos «directos» o «indirectos» dependiente si el Estado fue parte o no dentro del proceso contencioso.

6. Algunas experiencias de control. En el presente *apéndice*, se analiza cómo en la implementación del control de convencionalidad, algunos ordenamientos nacionales optaron por un control de convencionalidad difuso en sentido amplio como Argentina y México lo cual faculta a todos los jueces nacionales a llevar a cabo ese control y por el contrario ordenamientos, en donde ese control es tendencialmente concentrado, como en Costa Rica. Lo anterior fue determinado en vía jurisprudencial por lo órganos encargados de llevar a cabo el control de constitucionalidad en cada ordenamiento, en particular, por la Suprema Corte de la Nación de México y por la Sala Constitucional en Costa Rica. Las escogencia de ambas experiencias se debe a la actualidad del tema en ambos ordenamientos, en donde se han discutido ampliamente las facultades del juez ordinario en su aplicación y si puede desaplicar normas nacionales por ser

[57] Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 68 y 69.

esta contraria al parámetro de convencional, en términos similares a como se lleva a cabo en el marco de la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea[58].

6. 1. México. En los ordenamientos jurídicos de América Latina, el mayor impacto que ha tenido el control de convencionalidad «difuso» ha sido quizás en México. Entre las razones se encuentra una serie de sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en los últimos años motivo[59] por el cual se llevó a cabo una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos y de amparo vigentes desde el mes de junio de 2011[60]. En particular se reformó el artículo 1 de la Constitución, el cual actualmente dispone: "En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

Por otra parte, la reforma constitucional abarcó la materia de amparo concierne, fundamentalmente, al juicio de amparo, institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia, el cual se ve robustecido al ampliarse la procedencia del amparo respecto de cualquier

[58] Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvió prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar, GIOVANETTI Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia,* p. 4. En PASSAGLIA Paolo. Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana.

[59] Entre las sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH en contra de ese Estado se destacan Castañeda Gutman (2008), González y otras (Campo Algodonero) (2009), Radilla Pacheco (2009), Fernández Ortega y otros (2010), Caso Rosendo Cantú (2010) y Cabrera García, Montiel Flores (2010) que provocaron una serie de repercusiones en el ordenamiento jurídico.

[60] La Reforma Constitucional del artículo 1 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once.

norma general y al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos, plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Por otra parte, a fin de dar cumplimiento a la sentencia Radilla Pacheco, la Suprema Corte de la Nación de México en el *expediente Varios 912/2010* del 14 de julio del 2011, analizó en diferentes resoluciones o tesis, aspectos como la obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH, la manera como debían ser interpretadas, la forma en que debe ser implementado el control de convencionalidad a nivel interno y la importancia de la interpretación convencionalmente conforme.

En primer lugar, determinó que para el Poder Judicial, son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Ello fue ampliado en la resolución 65/ 2011, en la que el Pleno de la Suprema Corte determinó:

"El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella"[61].

El resto de la jurisprudencia de la Corte IDH que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de «criterio orientador» de todas las

[61] Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXV/2011.

decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que favorezca más a la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitucional. Esa tesis fue desarrollada por el pleno en la resolución 66/2011, en la que se indicó:

"Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos"[62].

En segundo término, la Suprema Corte de la Nación se pronunció sobre la forma como debe ser implementado a nivel interno el control de convencionalidad. Al respecto con anterioridad a la Reforma Constitucional del artículo 1, la Suprema Corte de la Nación había emitido reiteradamente una serie de pronunciamientos en los que establecía que el control de constitucionalidad es concretado pues es una atribución que le es exclusiva[63]. En la tesis P LXX/2011, la Suprema Corte pasó de un modelo de control concentrado de constitucionalidad, a un modelo de tipo sistema difuso al determinar:

"Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de *control de convencionalidad ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden

[62] Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXVI/2011.
[63] Tesis PJ/ 73/99.

jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad"[64].

Con ello, la Suprema Corte de la Nación de México autorizó no solo el control de convencionalidad *ex officio*, sino de forma autónoma y discrecional realizó una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución a la luz de lo dispuesto en el artículo 1, el cual fue recientemente reformado, para aceptar el control difuso de constitucionalidad, lo que originó un nuevo sistema de control de constitucionalidad. Con ello la intensidad del control de convencionalidad aumentó, pues todos los jueces se encuentran facultados para llevarlo a cabo.

Ello conlleva a que el juez ordinario debe llevar un control de constitucionalidad y de convencionalidad pudiendo desaplicar normas que infrinjan la Constitución Federal o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo en el caso concreto, es decir, con efecto *inter partes,* pues no tiene la competencia para declarar la invalidez de la disposición. En este sentido, el mecanismo de la desaplicación al que se hace referencia, es similar al desarrollado e implementado en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia de la Unión Europea, pues los jueces federales al conocer de controversias constitucional, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravenga la Constitución o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos con *efectos erga omnes*. Lo anterior, conlleva a que la norma interna es expulsada del ordenamiento jurídico por ser inconstitucionalidad o inconvencional.

Por otra parte, la Suprema Corte estableció en los tesis LXIX/2011 los pasos que deben seguir los jueces a fin de llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad. En particular determina que de previo a desaplicar una norma o declarar su invalidez, el juez debe tratar de realizar una interpretación conforme a constitucional y convencionalmente conforme de la norma interna. En tal sentido, la resolución en cuestión indicó:

[64] Tesis del Pleno LXX/2011.

"La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte"[65].

Ello ha sido caracterizado por un sector de la doctrina como los grados de intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad[66]. En particular modo se potencian los poderes interpretativos del juez, a fin de incorporar en su actividad, el parámetro no solo de la Constitución, sino la Convención Americana y los demás tratados instrumentos que ha suscrito en materia de derechos humanos, así como los estándares mínimos de protección desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH.

Por último, en esa tendencia de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos la Suprema Corte de la Nacional en la tesis 293/2011 del 4 de septiembre del dos mil trece, determinó que los derechos humanos de fuente internacional, a partir de la reforma al artículo 1 de la Constitución tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo *rango constitucional*. De esta manera, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos, amplía el catálogo constitucional, pues permite armonizar a través del principio pro persona, las normas nacionales y las

[65] Suprema Corte de Justicia de México. Resolución del veintiocho de noviembre del dos mil once, tesis del Pleno LXIX/2011.
[66] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad*, op. cit. p. 191.

internacionales y garantiza así la protección más amplia a la persona. Con anterioridad la Suprema Corte había mantenido la tesis de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tenían un rango supra legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal.

6.2. Costa Rica. En el ordenamiento jurídico costarricense, el control de constitucionalidad de las normas tiene un carácter concentrado y es ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ese órgano especializado fue creado con la reforma que se llevó a cabo en el mes de mayo de 1989 de los artículos 10 y 48 de la Constitución. Posteriormente, se promulgó la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el cual se desarrollan los diferentes procesos constitucionales, sus competencias y funciones[67]. La Sala Constitucional tiene entre sus principales funciones, conocer en forma exclusiva, los recursos de amparo, hábeas corpus, ejercer el control de la constitucionalidad de las normas a través del conocimiento de acciones de inconstitucionalidad, consultas de constitucionalidad y consultas judiciales de constitucionalidad y resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado.

En el presente apéndice, interesa estudiar el mecanismo de la consulta judicial de constitucionalidad, regulado en el 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone: "Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional, cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento". El juez cuando tiene motivos fundados de la constitucionalidad de una norma que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, debe en un primer momento, intentar una interpretación conforme con la Constitución y en caso de no ser posible, presentar la consulta judicial ante la Sala Constitucional.

El *parámetro* del control de constitucionalidad se encuentra establecido en el artículo 1 de la ley en cuestión, la cual determina: "La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios

[67] Sobre el control de constitucionalidad de las normas en Costa Rica se puede consultar HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho procesal constitucional.* Ed. Juricentro, San José, 2011.

constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica". Ese parámetro debe ser aplicado no solo por la jurisdicción constitucional, sino por los jueces ordinarios, así como por todas las autoridades estatales.

En particular modo, desde sus inicios, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la norma fundamental[68]. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido un carácter obligatorio a las opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH con independencia de que el país haya sido parte o no en el proceso, lo anterior con fundamento en una interpretación extensiva o pro homine.

En ese sentido, en la sentencia n. 2313/95 determinó "si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en un caso contencioso o en un mera opinión consultiva, tendrán en principio el mismo valor de la norma interpretada"[69]. Por otra parte, en la sentencia n. 9685/2000 se refirió al contenido del concepto instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 7 de la Constitución determinando: "En este sentido hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional, sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país".

Ello demuestra en primer, lugar como la jurisprudencia constitucional le ha otorgado un valor *supraconstitucional* a los tratados internacionales de derechos humanos, en la medida en

[68] Sala Constitucional. Sentencias número 3435-1992 y 2313-1995.
[69] Sala Constitucional. Sentencia número 9685-2000.

que brinde un mayor ámbito de protección al que ofrece la Constitución[70]. En segundo plano, el valor privilegiado que le ha reconocido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH y en tercer lugar, al modo como desde sus primeros años ha venido ejerciendo un control de convencionalidad al declarar en diferentes oportunidades, la inconstitucionalidad de una norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad o a los criterios interpretativos fijados por la Corte IIDH. Ello con fundamento en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que integra al parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales en derechos humanos.

Por otra parte, la Sala Constitucional ha incorporado, formalmente, en recientes sentencias las características que informan el control de convencionalidad en sede nacional que ha formalizado la Corte IDH. Así, en la reciente sentencia n. 3441/13 determinó:

"…El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la "supremacía convencional" en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado "parámetro de convencionalidad", conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el "Estado convencional de Derecho", anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediablemente, el "bloque de convencionalidad". De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del "margen de apreciación nacional", sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales"[71].

En este sentido, resaltó una de las características principales del control de convencionalidad, como es el hecho que debe ser ejercido de oficio por las autoridades

[70] Cfr. ARMIJO SANCHO Gilbert. *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*. En Revista de la Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 39 – 62.
[71] Sala Constitucional. Sentencia número 3441-2013.

nacionales, así como la utilización de la doctrina del margen de apreciación nacional con que cuentan los jueces y las Cortes Constitucionales para determinar si una norma nacional es contraria al parámetro de convencionalidad. Asimismo, en la sentencia n. 6120/13 dispuso:

"…se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, normas provenientes del Derecho Internacional Público, lo cual ha expandido el "marco normativo" no solo para las partes procesales, sino también para los operadores jurídicos…Esto nos lleva al tema del "control de convencionalidad", el cual no resulta ajeno a nuestro sistema, pues de una u otra forma este Tribunal lo ha ido implementando en forma paulatina durante los últimos años, de manera que puede afirmarse con certeza que la jurisprudencia constitucional se encuentra fundada no sólo en el reconocimiento de los derechos constitucionales, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la línea jurisprudencial del Tribunal y la normativa internacional incorporada a nuestro ordenamiento o promulgada por el Congreso, ha elevado a pauta hermenéutica, el principio del interés superior del menor, el cual debe orientar toda la labor no solo de los tribunales nacionales, sino también de la Administración Pública y proyectarse sobre aquellas actividades de los sujetos privados que sean de interés público. En el caso de los tribunales nacionales, el control de convencionalidad les permite mantener "un diálogo" constante entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y los sistemas internacionales. En el caso de la jurisdicción de familia, los jueces de la República, deben ejercer ese "control de convencionalidad" y aplicar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para que se pueda hacer efectivo el principio universal según el cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y los niños deben recibir la protección y la asistencia necesarias para lograr un adecuado desarrollo de su personalidad, de manera que posteriormente puedan asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, como individuos independientes, imbuidos del espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad"[72].

Además, en la reciente sentencia número 2015-15737 el Tribunal Constitucional precisó:

"De conformidad con sus atribuciones exclusivas de control de convencionalidad, lo que implica que la desaplicación de normas por control de convencionalidad le corresponde únicamente al Tribunal Constitucional".

Lo anterior evidencia cómo la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el deber del juez nacional de llevar a cabo un control de convencionalidad, lo cual conlleva en primer lugar la aplicación directa de la Convención Americana. Por otra parte, en aquellos supuestos donde exista un conflicto entre la norma nacional y el parámetro de convencionalidad el juez nacional debe realizar una interpretación convencionalmente conforme[73]. Esta temática

[72] Sala Constitucional. Sentencia número 6120-2013.

[73] La interpretación conforme a la Convención Americana se convierte en un instrumento que puede impulsar o favorecer la implementación con una mayor intensidad del control de convencionalidad, pues las autoridades

formalizada recientemente en la sentencia Radilla Pacheco por la Corte IDH pretende en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por inconvencional que las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le puedan dar a una norma, incluida la Constitución, aquella que respete la Convención Americana y los criterios interpretativos convencionales. Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional y lo más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales. En aquellos supuestos donde el conflicto normativo no pueda ser solucionado vía interpretativa, el juez ordinario tiene la posibilidad de plantear una consulta judicial ante la Sala Constitucional la cual se configura en la praxis como una "consulta judicial de convencionalidad". En nuestro ordenamiento existe un debate en relación a si el juez ordinario en aplicación del control de convencionalidad puede desaplicar una norma nacional por ser inconvencional en la resolución de un caso en concreto, sin embargo, sobre el tema existen posiciones encontradas y no existe una posición pacífica en la doctrina[74].

7. Efectos del control. Los efectos del control de convencionalidad ejercido en sede nacional se diferencian si se ejerce en un modelo de control difuso o concentrado. En un primer momento el juez nacional –independientemente del modelo de control interno - cuando tenga serías dudas sobre la convencionalidad de una norma que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto, tiene el deber de llevar a cabo una interpretación conforme a la Convención Americana. En el supuesto en que no se pueda llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, los ordenamientos nacionales prevén diferentes consecuencias, tales como la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de la norma por ser inconvencional o la desaplicación con efectos solo para el caso en concreto -inter partes-.

En un modelo de control difuso el juez nacional se encuentra autorizado a desaplicar la norma interna de forma motivada, con la finalidad de que si una de las partes no se encuentra de

---

nacionales tienen la obligación de escoger ente las múltiples interpretaciones, aquella que respete no solo el texto de la Convención Americana, sino los criterios interpretativos desarrollados en su jurisprudencia por la Corte IDH. En MIRANDA BONILLA Haideer. *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.*

[74] La tesis de que el juez ordinario puede desaplicar la norma nacional por inconvencional fue sostenida por profesor Allan Brewer Carrias en su exposición en el seminario sobre "El control de convencionalidad y su aplicación" organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 27-28 de septiembre de 2012, San José, Costa Rica.

acuerdo con ello, pueda presentar los recursos correspondientes. La desaplicación de la norma interna tiene efectos únicamente en el caso en concreto motivo por el cual tiene únicamente "efectos inter partes". Esto presenta el riesgo de que una misma norma pueda recibir en situaciones idénticas, diferentes interpretaciones por las autoridades judiciales, lo que conlleva a que la norma no siempre sea desaplicada, a pesar de que existen serios motivos para considerar su inconvencionalidad. En estos ordenamientos existen órganos supremos, como por ejemplo la Suprema Corte de la Nación en México y la Corte Suprema en Argentina, quienes en última instancia, les corresponde unificar los diferentes criterios jurisprudenciales «función unificadora o monofiláctica» y si es el caso declarar la inconstitucionalidad de una norma interna por ser inconvencional con efecto erga omnes.

En los ordenamientos con un modelo concentrado de constitucionalidad, los efectos del control son diferentes. Ante la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme, el juez nacional no podrá desaplicar la normativa interna, sino que deberá plantear una consulta judicial ante la Corte o Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, en Costa Rica el juez nacional que tiene motivos fundados de la inconvencionalidad de la norma que debe de aplicar en la resolución de un caso, debe presentar una consulta judicial de convencionalidad, en los términos anteriormente expuestos ante la Sala Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por otra parte, los efectos del control difuso de convencionalidad tienen un mayor grado de complejidad, cuando la normativa nacional solo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos ex nunc) y no hacia el pasado (ex tunc), ya que la intencionalidad de la Corte IDH, en el momento en que crea la doctrina es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos desde un inicio[75]. Ello se evidencia en los casos, en los cuáles declaró que las leyes de amnistía e indulto carecen de efectos jurídicos desde el momento mismo en que entraron en vigor en el ordenamiento.

8. El juez nacional como juez interamericano. En el siglo XXI, el rol del juez en un

[75] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad,* op. cit. p. 161.

Estado Constitucional de Derecho ha dejado ser la «*bouche della loi*» para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos[76]. Los jueces nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito. En el Sistema IDH el juez nacional representa el primer garante de la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana[77]. Ello, en virtud del carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción interamericana, a la cual se puede acudir una vez que de previo se han agotado los recursos internos, salvo determinadas excepciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención Americana.

Es claro que en tres décadas de labores, la Corte IDH ha emitido una gran cantidad de sentencias, opiniones consultivas, resoluciones de medidas cautelares interpretación y de supervisión de sus propias resoluciones que han creado un abundante «corpus juris» motivo, por el cual su finalidad es que encuentre actuación a nivel nacional, tal y como ha sido llevado a cabo con mayor intensidad en ordenamientos como Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú. Por ello, la Corte IDH en la formalización del control de convencionalidad, le ha reconocido un papel protagónico al juez en el circuito de la tutela jurisdiccional de los derechos, con independencia del modelo de control de constitucionalidad presente en cada ordenamiento.

Ello conlleva que el juez nacional deba realizar un control "tridimensional" de constitucionalidad, convencionalidad y comunitario sobre la normativa interna[78]. Esto último, en aquellos ordenamientos donde existe un ordenamiento *supranacional* de derecho comunitario,

---

[76] Ese tema fue desarrollado en la conferencia "*La funzione interpretativa del Giudice costituzionale e del giudice comune*" impartida por el profesor Roberto Romboli, el lunes 21 de enero del 2013 en el ámbito de la II edición del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia del 14 de enero al 1 de febrero del 2013. www.corsoaltaformazionepisa.it

[77] El Sistema Europeo de Derechos Humanos resalta el rol del juez nacional en la protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, tal y como lo señalan PERTICI Andrea y ROMBOLI Roberto en *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.* En BARTOLI Sergio, CONFORTI Benedetto y RAIMONDI Guido (coord.). Ed. CEDAM, Padova, 2001, p. 377.

[78] ULATE CHACÓN Enrique. *Patrimonio Constitucional Centroamericano y tutela de los derechos fundamentales mediante un control "tridimensional" de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad (Estudio de Derecho Comparado)*. Tesis realizada para el obtención de la especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. En curso de publicación.

como por ejemplo el Sistema de Integración Centroamericana (SICA) o el MERCOSUR y la Comunidad Andina en Sudamérica. En particular, en la interacción entre la jurisdicción nacional y internacional surgen una serie de obligaciones para el juez nacional con independencia del grado, cuantía, materia de especialización o si pertenecen al Poder Judicial por efecto de ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción interamericana, a través de la figura del control de convencionalidad le ha impuesto al juez nacional, una serie de obligaciones: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la colaboración en la ejecución de las sentencias de la Corte IDH cuando ha sido condenado su Estado.

En el ámbito interno, este tipo de control tiene diferentes grados de intensidad y realización, pues la Corte IDH ha reconocido que él mismo se llevará a cabo en "el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Ello conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos como se vio anteriormente.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados americanos para interpretar el corpus iuris interamericano[79].

Para lograr una plena actuación de ese control a nivel nacional es fundamental la capacitación y formación de los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de

[79] FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano*, op. cit. p. 185.

convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH y los estándares mínimos de protección que ha desarrollo en su jurisprudencia. Como ejemplo de programas de capacitación se pueden mencionar los Cursos Interdisciplinarios sobre el Sistema Interamericana de Derechos Humanos que desde el año de 1988 realiza anualmente el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, así como los programas de capacitación sobre estándares interamericanos de protección que realiza para funcionarios de la Defensa Pública, Ministerio Públicos y organismos electorales en la región[80]. Asimismo, los congresos y seminarios que organiza la Corte IDH fuera de su sede cuando lleva a cabo las "sesiones itinerantes". Es fundamental que los propios Estados lleven a cabo programas de capacitación para sus funcionarios involucrando en ello, a las Facultades de Derecho, a fin de que en sus programas de estudios, incorporen cursos sobre la materia. Lo anterior es fundamental para lograr mejores estándares de protección en la región.

En esta construcción jurisprudencial, se parte de una noción amplia de juez nacional donde las Cortes o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de la región tienen un rol preponderante, tal y como lo ha reafirmado la Corte IDH, al utilizar parámetros constitucionales y jurisprudencia de órgano de justicia constitucional de la región. En sentido, para el *ex* presidente del Tribunal Constitucional *Andreas Vobkhule* los Tribunales Constitucionales deben actuar como "mediadores", pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domesticas[81]. Esa función de mediadores o interlocutores conlleva resolver los conflictos jurisprudenciales que se presenten en la jurisdicción ordinaria con la interpretación de la Convención Americana y en la aplicación de los estándares convencionales de protección pues llevan a cabo una función unificadora o nomofiláctica que tienden a garantizar seguridad jurídica y la certeza del derecho.

9. El diálogo judicial en el espacio convencional interamericano. El «diálogo entre Cortes», «judicial dialogue» o «judicial conversation» viene utilizado cada vez que en una

[80] Las diferentes actividades de formación para funcionarios estatales que realizar el Instituto Interamericano de Derechos Humanos pueden ser consultados en su sitio web: https://www.iidh.ed.cr/

[81] CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 16.

sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia[82]. Al respecto, es muy útil la distinción realizada entre «influencia» y «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo[83]. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos[84], así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios[85], sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de las Cortes.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel o jerarquía, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o internacionales como por ejemplo, entre la Corte Europea de Derechos Humanos y su homóloga la Corte IDH y tiene un carácter cooperativo y discrecional[86] . El segundo fenómeno denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales e internacionales o supranacionales, como por ejemplo, entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales, el cual es objeto de nuestro estudio. Además, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento

---

[82] Sobre el tema existe una basta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. "*Taking dialogue seriously" The* renewed need for a judicial dialogue *at the time of constitutional activism in the European Union,* in Jean Monnet working papers N. 2/2007. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato.* Ed. Einaudi, Torino 2009. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raul, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 2012. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

[83] Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario "*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

[84] SCAFFARDI Lucia. *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*. Ed. Jovene, Napoli, 2011.

[85] PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado,* p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

[86] FERRARI Giuseppe Franco, GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Ed. Scientifiche Italiana, Nápoles, 2006.

en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera[87] Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel[88].

En espacio interamericano la interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos resulta ineludible, motivo por el cual se habla de una tutela *multinivel* en materia de derechos fundamentales que se fortalece con mecanismos como el control de convencionalidad, el cual como vimos tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado que ejerce la Corte IDH, y otra de carácter difuso que ejercen los jueces a nivel nacional. En este sentido se reconoce la existencia de un control de convencionalidad en sede internacional y otro en sede nacional.

El primero de ellos ha sido ejercido por la Corte de San José, desde que emitió su primer sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), momento a partir del cual ha tenido que determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado incluso leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales. Por su parte, el control de convencionalidad en sede nacional fue formalizado en la sentencia Almonacid Arellano por la Corte IDH, en la que se dispuso que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

---

[87] En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

[88] BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

En la formalización de esta doctrina, los jueces interamericanos utilizaron como parámetro la jurisprudencia de Cortes, Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas que lo venían implementando con anterioridad. Por otra parte, se ha visto como esta doctrina ha sido implementada en el nivel interno, por los jueces nacionales incluidos los órganos de justicia constitucional lo que evidencia como es un instrumento que surgió y que tiende a favorecer un diálogo entre cortes de carácter vertical[89].

La jurisdicción interamericana ostenta un carácter *coadyuvante, complementario, subsidiario,* motivo por el cual son los Estados quienes en primer lugar, tienen el deber de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección. No es bueno que la protección internacional actúe como sustituto de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia[90]. Ello es lo que viene a potenciar el control de convencionalidad, cuyo contenido ha sido perfeccionado en su jurisprudencia por la Corte de San José. En la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (2006) precisó que el alcance *ex officio* que debe tener el control de convencionalidad en sede nacional, debe llevarse a cabo "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Así, se reconoce un margen de apreciación nacional en su implementación, pues de modo alguno, la jurisdicción interamericana pretende imponer que ese control sea ejercido de igual forma en todos los ordenamientos. Las autoridades nacionales tienen amplia discrecionalidad para determinar la forma como se implementará.

En la sentencia Cabrera García vs. México (2009), la Corte IDH sustituyó las expresiones relativas al Poder Judicial «por todos los órganos del Estado» y en la sentencia Gelman vs. Uruguay (2012) extendió el ámbito de aplicación del control a «todas autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas» con lo cual esa obligación la tienen todas las autoridades del Estado y no únicamente al juez nacional. Por otra parte, en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay (2013), los jueces de la Corte IDH determinaron un ulterior elemento de la obligación de llevar a cabo el control de

[89] MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre las Cortes en América Latina.* op cit, p. 565 ss.
[90] PEREZ TREMPS Pablo. *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales*. En Anuario de la Facultad de Derecho, No. 10. Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

convencionalidad, el cual se encuentra relacionado con la «eficacia de sus sentencias». En particular, si la sentencia ha sido dictada en un caso, en el cual el Estado ha sido parte, conlleva la obligación de cumplir con la totalidad de ella y no sólo con la parte dispositiva. En relación con los demás Estados que han suscrito la competencia contenciosa, la eficacia de las sentencias es indirecta y se relaciona con el carácter vinculante del criterio interpretativo.

Lo anterior evidencia que es una doctrina inconclusa que debe ser perfeccionada tomando en cuenta la realidad interamericana y la intensidad con que ha sido implementada en estos últimos años. Ello no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un "diálogo jurisprudencial" entre ambos niveles de tribunales: interamericano e interno[91].

En la formalización del control de convencionalidad, la Corte IDH ha reconocido un papel protagónico al juez nacional quien debe realizar en la mayoría de los ordenamientos, un control "tridimensional" de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad. En relación con éste ultimo, la jurisdicción interamericana le ha impuesto al juez interno una serie de obligaciones, en particular: a) la realización de un control de convencionalidad *ex officio*; b) la interpretación del derecho nacional de conformidad con la Convención americana y la jurisprudencia de la Corte IDH; c) la ejecución de las sentencias de la Corte de San José, cuando ha sido condenado su Estado. Los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos, son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. Lo anterior demuestra el voto de confianza que se le ha otorgado a la jurisdicción nacional, a fin de que aplique el corpus iuris interamericano.

Las posibilidades de éxito del "control de convencionalidad" están cifradas en su grado de receptividad en el derecho interno, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados[92]. En este sentido, es fundamental la capacitación y formación

[91] BAZÁN Víctor. *Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad,* p. 30. En FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.
[92] BAZÁN Víctor. *Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad,* p. 15.

de las autoridades nacionales, los jueces ordinarios y de los integrantes de la Administración de Justicia en temas relacionados con la organización y funcionamiento de los órganos del Sistema IDH, de los derechos que tutela la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad y en particular modo de la organización y estructura de la Corte IDH, así como los estándares de protección que ha desarrollo en su jurisprudencia. Lo anterior, no obsta para que a nivel nacional, la Constitución o la jurisprudencia constitucional o de la jurisdicción ordinaria amplíen los estándares de protección.

10. La construcción de un "*ius commune interamericano*" en materia de derechos humanos. El respeto de los derechos humanos, el principio democrático y el Estado de Derecho son los ejes centrales de un derecho constitucional latinoamericano y pilares de un ius constitutionale commune[93]. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen una serie de valores comunes centrados en la dignidad de la persona humana que encuentran su reconocimiento en la Constitución de los países miembros y en la Convención Americana. Esa interacción se ve favorecida con la cláusula de apertura a los instrumentos internacionales de protección prevista en algunos ordenamientos que ha permitido reconocer a la Convención Americana «normativa o jurisprudencialmente» un valor supraconstitucional o constitucional, integrando incluso el bloque de constitucionalidad. El presente estudio además evidencia como algunas Cortes o Tribunales Constitucionales de la región utilizan con bastante frecuencia la jurisprudencia de la Corte IDH y en sentido inverso, la Corte de San José se viene nutriendo en época reciente de jurisprudencia de órganos de justicia constitucional lo que evidencia el surgimiento de una diálogo jurisprudencial que esta en constante evolución y perfeccionamiento en la creación de estándares mínimos de protección.

El control de convencionalidad como instrumento de *judicial dialogue* se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José y para Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un «ius commune latinoamericano», tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista *FERRER MAC GREGOR* –actual juez de la Corte Interamericana- conformado

[93] BOGDANDY Armin Von. "*Ius constitutionale commune latinoamericano. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea",* p. 39. En GONZÁLEZ PÉREZ Luis Raúl, VALADÉS Diego (coords). El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, UNAM, México, 2013.

por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio pro homine o de la mayor tutela expansiva[94].

Ese circuito jurisdiccional parte de una noción amplia de juez nacional donde las Cortes o Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de la región tiene un rol preponderante, tal y como lo ha reafirmado la Corte IDH al utilizar parámetros constitucionales en su jurisprudencia. Los Tribunales Constitucionales deben de actuar como "mediadores", pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domesticas[95]. Esa función de mediadores o interlocutores conlleva resolver los conflictos jurisprudenciales que se presenten en la interpretación de la Convención Americana y en la aplicación de los estándares de protección desarrollados jurisprudencialmente por la Corte de San José por parte del juez ordinario en aquellos supuestos en donde existan criterios contradictorios con lo cuál llevan a cabo una función unificadora o nomofiláctica que tienden a garantizar seguridad jurídica y la certeza del derecho. Además esa función de mediadores se reafirma en aquellos casos en que atendiendo a los principios pro homine y libertatis brinda un mayor nivel de tutela que el reconocido a nivel interamericano.

La construcción de ius commune latinoamericano a través del diálogo jurisprudencial requiere que se garanticen valores fundamentales como la independencia e imparcialidad judicial, la separación de poderes y se asegure la existencia de un Estado Constitucional de Derecho tal y como exige la Carta Democrática Interamericana[96]. Al respecto, en su artículo 3 la Carta determina: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a

---

[94] BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitucionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

[95] CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 16.

[96] MORALES ANTONIAZZI Mariela. ¿La democracia como principios del ius constitutionale comune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional, p. 200 – 239. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos". Por su parte, el numeral 7 señala: "La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos".

En este sentido, un sector de la doctrina identifica una serie de desafíos para la formación de un constitucionalismo regional radicado en la observancia de parámetros mínimos de protección, en particular: 1. Acentuar la responsabilidad del Poder Judicial en la implementación de parámetros mínimos de protección. 2. Afirmar la jerarquía privilegiada de los tratados de derechos humanos y el control de convencionalidad de las leyes. 3. Fortalecer la cultura de los derechos humanos. 4. Avanzar en el diálogo vertical y horizontal de jurisdicciones. 5. Establecer la interdependencia entre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho[97].

11. Bibliografía

AA.VV. *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1998.

[97] PIOVESAN Flavia. *Fuerza Integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional*, p. 446 – 448. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. La Justicia Constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina. Tomo I, II. UNAM, México, 2011.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2008.

AYALA CORAO Carlos. *La jerarquía de los tratados de derechos humanos*. En AAVV. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 137 – 154.

BAZÁN Victor y NASH Claudio. *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad.* Ed. Konrad Adenauer de Alemania 2012.

BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MORALES ANTONIAZZI Mariela (coords). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Constitucionale Commune En América Latina?*, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010.

CANÇADO TRINDADE Antônio. *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 2002)*. En AAVV. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Ed. Deusto, Bilbao, 2003.

CARBONELL Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Ed. Porrúa, México D.F, 2013.

CARTABIA Marta. "*Taking dialogue seriously" The* renewed need for a judicial dialogue *at the time of constitutional activism in the European Union,* in Jean Monnet working papers N. 2/2007.

CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato.* Ed. Einaudi, Torino 2009.

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed. Il Mulino, Bologna 2010.

FAUNDEZ LEDESMA Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. San José, Costa Rica. IIDH, 3ra. Edición, 2005.

FERRARI Giuseppe Franco y GAMBARO Antonio (a cura di). *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2006.

FERRER MAC – GREGOR Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Ed. Fundap, México, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo. Jurisprudencial, Una Visión desde América Latina y Europa.* Ed. Porrúa, México, 2012.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes*

Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio y SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos.* Ed. Civitas, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger Ignacio. *Acerca del "control de convencionalidad" por parte de los operadores de Justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional*, p. 215 – 271. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 56, julio – diciembre de 2012, San José.

HITTERS Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos),* p. 109 – 128. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, número 2, 2009.

MIRANDA BONILLA Haideer. *La Corte Interamericana dei diritti umani condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro.* En Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo. Ed. Giappicheli, No. 2, 2013, Milano, Italia.

- *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina,* pp. 565 -588. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) El Constitucionalismo de los Derechos. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá.

- *La interpretación conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.* En la Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos, número 3, 2015. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las leyes y derecho humanos*. Ed. Porrúa, México, 2008.

SAGUES Néstor. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. En Estudios Constitucionales, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 8, No. 2, 2009, pp. 117-135.

VENTURA ROBLES Manuel. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*. En Estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II. Ed. Corte IDH e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica 2011, pp. 385 – 416.

Autor Convidado

DOUTRINA NACIONAL

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

SOCIETY PARTICIPATION IN ACCOUNT: PAST, PRESENT AND FUTURE

ALAN PEREIRA DE ARAÚJO[1]

RESUMO

O presente artigo visa examinar a disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Comercial de 1850 (o passado), no Código Civil de 2002 (o presente), bem como aquilo que, embora já seja realidade em menor escala, nos parece ser a tendência futura do instituto: a sua potencial funcionalidade como valor mobiliário (contrato de investimento coletivo), sua utilidade no planejamento tributário, inclusive como *joint venture* e, por fim, a exigibilidade, em tese, de sua responsabilidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade em conta de participação – Código Comercial – Código Civil de 2002

[1] Procurador Federal. Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público. Mestrando em Direito Empresarial – Faculdade Milton Campos/MG. Belo Horizonte/MG - Rua Santa Catarina, 480 - Cep. 30130-080 – Telefone (31) 3029.3302. – alanbhz@yahoo.com

ABSTRACT

This article aims to examine the legal discipline of society into account participation in the Commercial Code of 1850 (the last), the Civil Code of 2002 (the present), as well as that which, although already a reality on a smaller scale, seems to be the future of the institute trend: its potential functionality such as security (collective investment agreement), its usefulness in tax planning, including as a joint venture and, finally, chargeability, in theory, of its social responsibility.

KEY-WORDS: Society on account of participation - Commercial Code - Civil Code of 2002

1 INTRODUÇÃO

Entre os temas do direito empresarial, a sociedade em conta de participação representa um daqueles pouco explorados, especialmente na graduação, mas de grande relevância, uma vez que tal instituto secular pode se revelar, no caso concreto, como a diferença entre a viabilidade ou não de um projeto, a concretização ou não de um ideal, ao possibilitar que determinado empresário, empreendedor ou sociedade obtenham o capital de que necessitem para a execução do negócio pretendido.

A despeito da antiguidade daquela figura social, verificamos que não há, ao menos nos manuais, estudo aprofundando o tema, que merece atenção por conta de sua aptidão para financiar o empreendedorismo.

Com este nosso artigo, pretendemos ofertar uma despretensiosa contribuição para que se promova uma reflexão moderna sobre o tema.

2 O PASSADO: A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO COMERCIAL

No presente tópico, analisaremos brevemente a origem da sociedade em conta de participação e, mais detidamente, sua disciplina jurídica no Código Comercial revogado (arts. 325 a 328).

2.1 Origens históricas

Historicamente, é possível afirmar que a origem da sociedade em conta de participação pode ser encontrada no final da Idade Média e início da Idade Moderna, mais precisamente no período do mercantilismo.[2]

Esclarece Fran Martins[3] que as sociedades em conta de participação provêm das antigas sociedades em comandita, com as quais se confundiam, até que a Lei de Florença, de 30 de novembro de 1408, regulou-as detalhadamente, caracterizando as comanditas como sociedades que possuem patrimônio diverso do patrimônio particular dos sócios.

João Eunápio Borges[4] se refere a ela como uma "*commenda* a meio caminho de sua evolução", "uma *commenda* que permanece oculta". Talvez para viabilizar investimentos e possibilitar o exercício do comércio pelos nobres, que consideravam o seu exercício uma prática vexatória.[5]

Certo é que a sociedade em conta de participação esteve presente no Código francês de 1808, no espanhol de 1829, no português de 1833 e, naturalmente, no nosso Código Comercial de 1850. Encontrou disciplina, ainda, no código alemão de 1866, no belga e no italiano de 1883.[6]

2.2 Noção legal

Dizia o art. 325 de nosso revogado Código Comercial que existe sociedade em conta de participação quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, de modo

---

[2] KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 12-13.

[3] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 178.

[4] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 289-288.

[5] AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 138.

[6] COSTA E NORA, José Zacarias de Almeida Sampaio. Do contrato de conta de participação. **Revista da Ordem dos Advogados.** Lisboa, v. 2, ano 6, nº 2 e 4, 1946, p. 104-107. Este notável autor português, falecido em 1990, tem o mérito de tentar explicar a **origem** da controvérsia acerca da natureza jurídica da sociedade em conta de participação (e não simplesmente reproduzi-la), ou seja, se a mesma é um mero contrato de investimento ou tipo societário, concluindo, ao final, por sua natureza societária.

acidental, momentâneo ou anônimo. Referida sociedade não estaria sujeita às formalidades impostas para a formação das outras sociedades, podendo-se prová-la por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais, com referência expressa ao art. 122 do mesmo código.[7]

Na sociedade em conta de participação, acrescentava o art. 326, o sócio ostensivo era o único a obrigar-se para com terceiros, de sorte que os outros sócios – os participantes – ficavam obrigados apenas para com o ostensivo, nos termos do contrato firmado.

2.3 Características

Embora seja muito comum, na doutrina, reforçar-se o caráter de sociedade momentânea, transitória ou acidental, como se a sociedade em conta de participação fosse criada e estivesse fadada a realizar somente um empreendimento ou negócio durante sua existência, desaparecendo logo em seguida[8] - o que não tem razão de ser - embora compreensível, João Eunápio Borges[9], com cientificidade, nos aponta suas características de então: 1) não ser uma pessoa jurídica, mas simples contrato entre um sócio ostensivo e um ou mais sócios ocultos ou participantes; 2) não ter firma ou denominação social, sendo o comércio exercido em proveito de todos, mas sob o nome e a responsabilidade individual do sócio ostensivo; 3) na sociedade em conta de participação anônima é a sociedade, ao passo que na sociedade anônima, por ações, anônimos são os sócios; 4) o sócio ostensivo ou gerente era sempre um comerciante, para que a sociedade fosse considerada mercantil, sob pena de a participação ter caráter meramente civil e não comercial; 5) sua constituição pode se dar verbalmente, ou por escrito, podendo ser provada por todo o gênero de provas admitido nos contratos comerciais, não estando submetidas às exigências pertinentes à constituição, arquivamento e publicidade das demais sociedades.

---

[7] O art. 122 do velho Código Comercial dizia que os contratos comerciais poderiam ser provados por escrituras públicas, escritos particulares, nota de corretores e certidões extraídas de seus protocolos, por correspondência epistolar, pelos livros dos comerciantes e, ainda, por testemunhas. Daí é autorizado o entendimento de que a sociedade em conta de participação pode, perfeitamente, ser constituída também por escritura pública, o que revela que a publicidade não lhe é vedada, mas sim conveniente e até benéfica.

[8] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 177-178.

[9] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 289-290.

A sociedade em conta de participação encontra disciplina na lei, sendo, portanto, sociedade regular,[10] ainda que a mesma não possua personalidade jurídica. Pode ser oculta (não conhecida por terceiros), mas não é clandestina. Melhor seria dizer sociedade "discreta", em tom jocoso, que secreta, a fim de evitarmos qualquer misticismo a seu respeito. Afinal, não é proibido saber de sua existência, fato que não a descaracteriza.

Não é a ocultação, segundo Gladston Mamede[11], que dá unidade conceitual à sociedade em conta de participação, mas a sua caracterização como ajuste de abrangência exclusiva entre as partes, não oponível a terceiros e não aproveitável a terceiros, uma vez que o contrato de sociedade em conta de participação produz efeitos somente entre os sócios.

Seja como for e, ainda que tenha por base um contrato participativo, a sociedade em conta de participação foi tratada pelo legislador como verdadeiro tipo societário.

2.4 Espécies de sócios

A sociedade em conta de participação apresenta duas categorias distintas de sócios: a do sócio ou sócios ostensivos e a dos sócios participantes, também chamados de ocultos.

Fábio Ulhoa Coelho[12] destaca que é o sócio ou sócios ostensivos, em conjunto ou separadamente, que assumiam, como obrigação pessoal, as da sociedade e, por isso - ser pessoal a responsabilidade - não se poderia falar em subsidiariedade ou limitação nesta responsabilidade. Desta feita, os sócios ostensivos respondiam ilimitadamente pelas obrigações assumidas, em nome próprio, para o desenvolvimento do empreendimento comum, ao passo que os sócios ocultos não respondiam senão perante os ostensivos e na forma do contrato firmado, ou seja, limitadamente ou não, como pactuado. Lado outro, os sócios ocultos não mantinham qualquer relação jurídica com os credores do empreendimento, que deveriam demandar o sócio ostensivo, que então, regressivamente e nas condições contratuais, poderia se voltar contra os ocultos.

---

[10] KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 38.

[11] MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias.** v. 2., 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

[12] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137-138.

O sócio oculto, alerta Cássio Machado Cavalli[13], é alguém que suporta o risco econômico, mas não é empresário.

De qualquer modo, é importante saber que podemos ter mais de um sócio de cada espécie, nada impedindo que sejam todos comerciantes. Podem ser, ainda, pessoas físicas ou jurídicas.[14]

2.5 Os fundos sociais

Dizia o art. 327 do velho Código Comercial que, na mesma sociedade em conta de participação, o sócio-gerente responsabilizava todos os fundos sociais, ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, se o terceiro com quem tratou ignorava a existência da sociedade; salvo o direito dos sócios prejudicados contra o sócio-gerente.

Assim, explica João Eunápio Borges[15], se os terceiros ignoravam a existência da sociedade, o gerente, em sua atuação, terá responsabilizado todos os fundos sociais, ainda mesmo que o tenha feito por conta de suas obrigações pessoais. Noutro sentir, se os terceiros tinham conhecimento da existência da sociedade, não poderão executar os fundos sociais para se pagarem das dívidas que o gerente houver contraído pessoalmente. Em qualquer caso, a lei resguardava o direito dos sócios participantes prejudicados pelo agir do sócio-gerente.

2.6 A sociedade em conta de participação e o instituto da falência

O tema falimentar foi tratado no art. 328 do Código Comercial, em linguagem naturalmente arcaica e lamentavelmente truncada.

A rigor, quis o legislador dizer que, na falência do sócio-gerente, também serão alcançados todos os fundos sociais, ainda que pertençam apenas aos sócios ocultos, a menos que se consiga provar que o terceiro já tinha conhecimento, antes da quebra, acerca da existência da sociedade. Em outras palavras, o mencionado art. 328 permite que os sócios

---

[13] CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico.** Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012, p. 109.

[14] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 291-292.

[15] BORGES, op. cit., p. 293.

participantes resguardem da falência os seus fundos sociais, desde que provem que o terceiro tinha conhecimento, antes da falência, da existência da sociedade em conta de participação.[16]

Refletindo sobre a possibilidade de falir a sociedade em conta de participação, Rubens Requião[17], após reconhecer que o sócio ostensivo era o único a obrigar-se para com terceiros, conclui que somente aquele, como gerente que é, fica sujeito à falência, que não atinge os sócios não-ostensivos. Sustenta, assim, com apoio em Miranda Valverde, que a sociedade em conta de participação, **como sociedade que é**, não fica sujeita à falência, que atinge apenas o sócio ostensivo, ou seja, o empresário comercial individual, ou a sociedade que se prestar à condição de sócio ostensivo.

Eis aí, portanto, em linhas gerais, o perfil da sociedade em conta de participação sob a égide do revogado Código Comercial.

3 O PRESENTE: A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No presente tópico, analisaremos a disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Civil de 2002 (arts. 991 a 996), buscando identificar-lhe o novo perfil.

3.1 Noção legal atual

Nesta tarefa, útil fixar que a sociedade em conta de participação, no Código Civil de 2002, é aquela sem personalidade jurídica, na qual uma ou mais pessoas (sócios participantes) entregam dinheiro ou outros bens a um empreendedor (sócio ostensivo), que os empregará em negócios determinados, a fim de que, via de regra, ao final do prazo estipulado ou ao término do empreendimento, repartam os resultados. É sociedade que só possui eficácia interna, ou seja, entre os sócios, não aparecendo perante terceiros. [18]

---

[16] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 294-295.

[17] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53.

[18] SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, jul-set. / 2013, p. 245.

Embora escreva didaticamente, Luiz Antônio Soares Hentz[19] foi muito sintético ao tratar da sociedade em conta de participação em sua agradável obra. Limitou-se a dizer que a mesma também faz parte do subtítulo *Da sociedade não personificada* no Código Civil, que sua constituição independe de qualquer formalidade, podendo provar-se por todos os meios de direito, que o contrato social produz efeito somente entre os sócios e, por fim, que a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica.

Caramuru Afonso Francisco[20] foi um pouco mais longe, transcrevendo com mais vigor o texto legal, mas também se ateve ao objetivo de sua obra, exclusivamente voltada para as reais novidades trazidas pelo Código Civil de 2002 ao ordenamento nacional.

Certo é que, na sociedade em conta de participação, diz o art. 991 do Código Civil, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Desta sorte, acresce o parágrafo único, obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo, enquanto que o sócio participante se obriga exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do contrato social.

Interessante, porém, observar na obra de Fran Martins[21], antes mesmo de sua atualização levada a efeito pelo respeitado Carlos Henrique Abrão, que já se admitia a constituição de uma sociedade em conta de participação de caráter civil ou não-empresarial, bastando, para tanto, que o sócio ostensivo não fosse comerciante, exigência feita pelo Código Comercial revogado, mas não reproduzida no atual Código Civil, onde o legislador não condicionou sua estruturação na indispensabilidade da figura do empresário na situação de sócio ostensivo.

3.2 Características

Ricardo Negrão[22], em estudo unificado do Direito Empresarial, aponta as características da sociedade em conta de participação regida pelo Código Civil, a saber: a)

---

[19] HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002.** 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 66.

[20] FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Código Civil de 2002: o que há de novo?** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 164-165.

[21] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 188.

[22] NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54-55.

quanto ao exercício da atividade: esta é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu próprio nome, sem a adoção de nome social, enquanto que o sócio participante não pode tomar parte nas relações com terceiros, sob pena de responder solidariamente com o sócio ostensivo; b) quanto à responsabilidade perante terceiros: apenas o sócio ostensivo se obriga perante terceiros; c) quanto à prova da sociedade: esta independe de qualquer formalidade, provando-se por todos os meios de direito; d) quanto aos efeitos do contrato: opera somente entre os sócios, além do que a inscrição no Registro Público não confere personalidade jurídica; e) quanto aos direitos do sócio participante (oculto): é o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais; f) quanto ao patrimônio: os fundos admitidos são considerados patrimônio especial; g) quanto aos efeitos da falência do sócio ostensivo: dá-se a dissolução da sociedade e liquidação da conta: sendo o crédito do participante classificado como quirografário; h) quanto aos efeitos da falência do sócio participante: o contrato é tratado segundo as regras do contrato bilateral da falência (art. 117 da Lei 11.101/2005), sendo que o administrador judicial poderá cumpri-lo, se conveniente para a massa; i) quanto ao ingresso de novo sócio: somente com o consentimento do sócio participante; j) quanto ao modo de liquidação: seguem-se as regras do procedimento de prestação de contas previsto nos arts. 914 a 919 do CPC.

Agregando conhecimento ao nosso estudo, Ana Affonso[23] sintetiza suas atuais características como sendo a impossibilidade de assumir obrigações e ser titular de direitos, quer seja pela ausência de personalidade jurídica, quer seja porque o sócio ostensivo o faz em nome próprio; a impossibilidade de ser parte em processo administrativo e judicial (o art. 7º do CPC se aplica ao sócio ostensivo e não à sociedade, que não possui legitimidade *ad causam* ou *ad processum*, ativa ou passiva e não pode nem mesmo ser citada); a ausência de patrimônio próprio, já que não tem personalidade jurídica, motivo pelo qual as contribuições dos sócios são aportadas em um patrimônio especial alocado na esfera jurídica do sócio ostensivo; a ausência de denominação ou firma social, também decorrente da falta de personalidade jurídica; a ausência de sede ou domicílio, que, entretanto, não impede os sócios de elegerem um foro para dirimir os conflitos que surgirem entre si; o prazo determinado ou indeterminado de sua duração, ante a inexistência de dispositivo legal que a constranja ter por objeto o exercício de uma ou mais operações ou a caracterize como sociedade acidental e momentânea; a ausência de requisitos formais (bastando o simples consenso) e a eventual

---

[23] AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 53-58.

possibilidade de emissão de títulos negociáveis pelo sócio ostensivo e não pela sociedade propriamente dita.

3.3 Constituição

A constituição da sociedade em conta de participação, como vimos, independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito, diz o art. 992 do Código Civil, ou seja, basta o consenso entre os contratantes, no que guarda, por assim dizer, a mesma essência que já constava da parte final do art. 325 do Código Comercial revogado.

A bem da verdade, a sociedade em conta de participação não está obrigada nem mesmo a possuir um cadastro no CNPJ.[24]

Contudo, alerta Marcelo M. Bertoldi[25] ser aconselhável que a SCP seja criada mediante instrumento escrito, podendo o contrato ser arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis para que não seja confundida com uma sociedade em comum, o que levaria a uma responsabilidade ilimitada de todos os sócios pelas dívidas assumidas em proveito da sociedade, incluídos, aqui, os sócios ocultos.

De qualquer modo, optando as partes por firmar contrato escrito, este poderá ser formalizado por instrumento público ou particular, sendo possível o registro no Cartório de

[24] Na SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 121, de 27 de maio de 2014, publicada no DOU de 03/06/2014, seção 1, pág. 36, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) consagrou o entendimento de que compete à mesma "dispor sobre obrigações acessórias, cuja instituição deve constar em ato normativo próprio. A possibilidade de instituição de obrigação acessória por ato infralegal não flexibiliza a necessidade de que a obrigação esteja expressa em ato normativo da RFB. Como obrigação acessória, a Receita Federal pode exigir a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) da Sociedade em Conta de Participação (SCP). A atual Instrução Normativa que trata do assunto determina a inscrição no CNPJ de todas as pessoas jurídicas domiciliados no Brasil, inclusive as equiparadas, mas não trata especificamente das SCP. A existência de ato normativo da RFB que desobriga expressamente a inscrição no antigo CGC da SCP continua vigente, e somente poderia ser considerado tacitamente revogado se a atual IN determinasse especificamente a obrigatoriedade de as SCP estarem inscritas no CNPJ. Enquanto não houver a revogação expressa do ato normativo de isenção de obrigação de fazer e/ou a inclusão em ato normativo da obrigatoriedade de SCP se inscrever em CNPJ, a SCP não está obrigada a se inscrever no CNPJ." Conclui, portanto, ao final, "no sentido de que a SCP, na atual situação normativa, não necessita se inscrever no CNPJ. Contudo, caso a RFB revogue o item 4 da IN SRF nº 179, de 1987, e/ou conceitue o termo 'inclusive as equiparadas' constante do caput do art. 4º da IN RFB nº 1.183, de 2011, e/ou cite nominalmente todas as 'equiparadas' sujeitas à inscrição no CNPJ, por se tratar de alteração normativa posterior, a SCP, inclusive a que se refere a consulente, passa a obrigatoriamente ter de se inscrever no CNPJ."

[25] BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 178.

Títulos e Documentos, a fim de se provar com mais robustez as condições em que se tratou e contratou a sociedade.[26]

3.4 Contabilidade

Comentando sobre o funcionamento da sociedade em conta de participação, Cícero José Albano[27] esclarece sucintamente que "existirá uma conta corrente que é comum aos sócios ostensivos e ocultos, traduzindo monetariamente as operações realizadas e uma 'participação' – onde os sócios participam da divisão dos lucros".

A rigor, a SCP não possui livros comerciais próprios. Por não ser uma pessoa jurídica e existindo apenas entre seus sócios, será nos livros do sócio ostensivo que se farão os lançamentos a ela pertinentes.[28] Contudo, destacam Vanessa Sebben e Simone Martins[29], com base na Instrução Normativa nº 31/2001 da SRF, que a escrituração contábil da sociedade em conta de participação pode ser feita tanto nos livros do sócio ostensivo, devendo então apurar os resultados em conta separada de suas próprias atividades, quanto em livros próprios da SCP, caso em que, para fins de Imposto de Renda, tema que veremos mais adiante, poderá optar pela tributação pelo lucro real ou presumido, sendo esta última opção a mais vantajosa.

3.5 Efeitos do contrato e despersonificação

Diz o art. 993 do Código Civil que, na sociedade em conta de participação, "o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade."

O contrato firmado entre o sócio ostensivo e os participantes tem eficácia interna somente e sua eventual inscrição, em qualquer registro, não terá o condão de conferir-lhe personalidade jurídica.

---

[26] SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, jul-set. / 2013, p. 250.

[27] ALBANO, Cícero José. **Direito empresarial.** Curitiba: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – Paraná, 2012, p. 48.

[28] MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 187.

[29] SEBBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, 2011, p. 84.

A este respeito, explicam Sívio Venosa e Cláudia Rodrigues[30] que qualquer registro que se faça junto aos órgãos registrais, Junta Comercial ou Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, não conferirá personalidade jurídica à sociedade em conta de participação, uma vez que sua natureza despersonificada decorre de imposição do legislador, inafastável pela vontade das partes.

Acrescenta o parágrafo único que, "sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier."

A leitura deste dispositivo nos permite afirmar que o sócio participante, enquanto sócio, tem, além do direito de participar dos resultados positivos ou negativos do empreendimento, o direito fiscalizar a gestão dos negócios sociais. É natural que seja assim. Contudo, não deve o sócio participante imiscuir-se nos negócios de modo a ser confundido com o sócio ostensivo, ou agir como tal perante terceiros, o que atrairia, para si, uma indesejada responsabilidade solidária com aquele, o ostensivo, pelas obrigações em que intervier.

3.6 Especialização patrimonial e falência dos sócios

Por outro flanco, se o código revogado dispunha sobre os "fundos sociais", que na verdade não pertenciam à sociedade, integrando o patrimônio do sócio ostensivo porque transferidos ou confiados a este último, a legislação atual (o art. 994 do Código Civil) dispõe que a contribuição do sócio participante constitui, juntamente com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, especialização esta que, diz o §1º, somente produz efeitos em relação aos sócios.

Assim, devemos entender que, diante da ausência de personalidade jurídica, não tem a sociedade em conta de participação patrimônio próprio, mas sim um patrimônio especial – um capital específico - fruto da contribuição dos sócios ostensivo e participante, vocacionado à realização do objeto social, do empreendimento contratado. A especialização mencionada só produz efeitos internamente à sociedade, vez que, aos olhos de terceiros, cada sócio continua sendo titular de seu patrimônio pessoal, que responderá pelas obrigações que contrair.

---

[30] VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1047.

No que toca à questão da falência, Fábio Martins Andrade[31] destaca ser impróprio cogitar da falência ou insolvência civil da sociedade em conta de participação, já que, na realidade, estes fenômenos só podem ocorrer com os sócios que a compõem, sendo mais grave a falência do sócio ostensivo.

Neste sentido, diz o §2º do art. 994 do Código Civil que "a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário", que é aquele sem garantia alguma, destituído de qualquer privilégio.[32]

Comentando o artigo, Jorge Fujita[33] observa oportunamente que, "se a sociedade possuir mais de um sócio ostensivo e se apenas um deles falir ou tiver declarada a sua insolvência civil, não ocorrerá a liquidação social. A sociedade continuará com os demais sócios ostensivos."

Recordando também as disposições do art. 994 do Código Civil e, em especial, seu §3º, ensina Gladston Mamede[34] que, diante da falência do sócio participante,

> [...] o contrato de sociedade em conta de participação fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido, podendo o administrador judicial decidir o cumprimento de sua parte e, destarte, a conservação do negócio, da mesma forma que pode optar por denunciá-lo, exigindo a apuração de haveres; havendo saldo favorável ao falido, será ele arrecadado; havendo saldo desfavorável, será ele habilitado na classe respectiva.

Assim, em apertada síntese, a falência ou insolvência civil do sócio ostensivo, quando único, leva à dissolução da sociedade, ao passo que na falência do sócio participante a sociedade não será dissolvida.

Diz o art. 995 do Código Civil que, salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais.

Assim, em regra, não pode o sócio ostensivo, mesmo sendo o administrador dos negócios sociais, admitir novo sócio **ostensivo** sem que os demais sócios, os participantes, o

---

[31] ANDRADE, Fábio Martins. Da Sociedade em Conta de Participação. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, jan./mar., 2008, p. 50.

[32] REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 297.

[33] CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2006, p. 776.

[34] MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** v. 4., 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 481.

autorizem expressamente. Como exceção, permite-se que o contrato de participação disponha de forma diversa, prevendo, então, a admissão de novo sócio ostensivo mesmo sem o consentimento expresso dos participantes.

A bem da verdade, a restrição só pode ser aplicada em relação ao sócio ostensivo, condutor do negócio. Isto porque, explica José Maria da Costa[35], "os sócios ocultos são os investidores, um conjunto de pessoas variadas, que nem se conhecem muitas vezes".

Comentando este dispositivo, Maria Helena Diniz[36] explica que

> Tal se dá por tratar-se de sociedade de pessoas, havendo necessidade de se tutelarem os interesses dos sócios participantes, que, por serem investidores, não podem ficar presos ao arbítrio do sócio ostensivo, relativamente ao aumento do quadro societário. O artigo *sub examine* procura tutelar o liame pessoal existente entre os membros dessa sociedade, visto que nela prepondera o *intuitu personae*.

Por fim, aplica-se subsidiariamente à sociedade em conta de participação, comanda o art. 996 do Código Civil, desde que compatível, o disposto para a sociedade simples, que é personificada, regendo-se a sua liquidação pelas normas relativas à prestação de contas na forma da lei processual.

Em outras palavras, diante de eventual omissão legislativa, aplicar-se-á à sociedade em conta de participação, subsidiariamente, no que couber, o disposto nos arts. 997 a 1.038 do Código Civil, o que só vem reforçar o caráter verdadeiramente social da sociedade em conta de participação.

Na hipótese de liquidação da sociedade, na verdade um acerto de contas entre os sócios, como bem observou o professor Jorge Fujita[37],

> [...] esta se fará em consonância com o procedimento fixado pela lei processual (CPC, arts. 914 a 919), pertinente à ação de prestação de contas. Desta maneira, deverá o sócio ostensivo prestar contas, em juízo, aos sócios participantes, a respeito de sua gestão, fornecendo-as na forma mercantil, discriminando o ativo e o passivo e o saldo, credor ou devedor, assim como apresentando os documentos correspondentes.

---

[35] COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002.** Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006, p. 136.

[36] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 685.

[37] CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2006, p. 777.

No caso de se ter mais de um sócio ostensivo, diz o parágrafo único do art. 996, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo, logicamente, cremos, em atenção ao princípio da economia processual.

No tópico seguinte, analisaremos aquelas que acreditamos ser as tendências futuras da sociedade em conta de participação.

4 O FUTURO: SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO EM NOVAS VERSÕES

O momento atual, no qual a dinâmica do Direito Empresarial e a criatividade do empresário são capazes de criar novas figuras jurídicas, novos arranjos contratuais, nos permite entrever novas feições, novas versões da antiga sociedade em conta de participação, que se vai reinventando e evoluindo, a fim de adaptar-se ao comércio do futuro.

Por isto, no presente tópico, analisaremos o valor mobiliário denominado contrato de investimento coletivo e sua umbilical relação com a sociedade em conta de participação; faremos referência à disciplina tributária da sociedade em conta de participação, constante do Regulamento do Imposto de Renda (arts. 148, 149, 254 e 515 do Decreto 3.000/1999), sua utilização com instrumento de planejamento tributário, inclusive *joint venture* e, por fim, cogitaremos de sua responsabilidade social.

4.1 Sociedade em conta de participação e contrato de investimento coletivo

Mesmo João Eunápio Borges[38], que iniciou seu estudo sobre a sociedade em conta de participação chamando-a de "esdruxularia" digna de severas críticas, por conta de sua disciplina defeituosa e arcaica, quanto a ser e não ser, ao mesmo tempo, uma sociedade, embrião ou arremedo de sociedade, sociedade frustrada, já que de sociedade só tem o nome, etc, se sentiu forçado a dizer, ao final do Capítulo XXII de sua clássica obra, que, "como simples contrato de participação, mormente de empregados, interessados nos lucros de uma empresa, é combinação utilíssima e de aplicação prática cada vez mais ampla."

Se um mestre desta envergadura assim diz, é de se acreditar mesmo que a sociedade em conta de participação não deixa de ser um instrumento de proteção patrimonial e pessoal,

[38] BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 288-289 e 296-297.

especialmente porque toda espécie de responsabilidade decorrente da exploração da atividade empresária é atribuída apenas ao sócio ostensivo.[39]

Naturalmente, o sócio oculto também está sujeito ao risco econômico do negócio.

Ricardo Kuperman[40], com olhos na facilidade, agilidade e rapidez próprias da sua constituição e modernização, esclarece que a sociedade em conta de participação vem sendo muito utilizada em empreendimentos de apart-hotéis, *pools* hoteleiros, prédios de salas, perfurações de poços de petróleo, concorrências públicas, atividades de reflorestamento, além de muitos outros negócios. A jurisprudência o confirma.[41]

No mesmo sentido foi o emblemático trabalho de Ana Carolina Barbuio Affonso[42], que ao investigar a função e a prática das sociedades em conta de participação, identificou a sua utilização na estruturação jurídica de negócios e empreendimentos imobiliários, na formalização de *pools* hoteleiros e *flats*, em projetos florestais (Decreto-Lei 1.134/1970 e Decreto 79.046/1976)[43] e, ainda, a sua utilização como *joint venture* e contratos de investimento coletivo.

---

[39] VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 1047.

[40] KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005, p. 9.

[41] Ilustramos esta afirmação com um caso examinado pela Quarta Turma do STJ, quando julgou o Recurso Especial 192.603/SP. No corpo do acórdão, o relator destacou, invocando lição que extraiu do acórdão proferido no julgamento do REsp nº 168.028/SP que, nos dias atuais, a sociedade em conta de participação "tem tido aplicação com certa frequência nas incorporações imobiliárias e, mais ainda, na exploração dos chamados serviços de *flats*, quando o investidor, sem nenhuma afeição a esse tipo de negócio, adquire suas unidades e as entrega a empresas especializadas, confiando a estas a sua exploração comercial (REsp 192.603/SP, Rel. Min. Barros Monteiro – 4ª Turma, DJ 01/07/2004, p. 197.)

[42] AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 5-6. No seu esforço de pesquisa, a autora descobriu 14 (quatorze) sociedades em conta de participação registradas na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Examinando-lhes as documentações, entretanto, concluiu que treze delas eram, na verdade, sociedades em nome coletivo! Assim, só uma, a Unimarc – SCP – Monte Carlo era, de fato, sociedade em conta de participação registrada naquele órgão. Daí se vê que o registro de uma verdadeira sociedade em conta de participação na Junta Comercial é raro, a despeito de sua indisfarçável utilidade.

[43] Neste ponto, explica a estudiosa que as sociedades reflorestadoras são as sócias ostensivas, ao passo que os investidores são os sócios ocultos, sendo o objeto da SCP a alienação de parcelas do plantio das árvores após o reflorestamento. O tema é interessante e mereceu parecer de Ives Gandra da Silva Martins, especialmente voltado para a análise do art. 31 do Decreto 79.046/1976, que transferiu a obrigatoriedade de promover a manutenção e administração do empreendimento florestal para os sócios ostensivos da SCP até o final da rotação, o que poderia levar até 20 anos, conforme o tipo de floresta incentivada. Tal exigência seria, para aquele jurista, confiscatória e premiava enormemente os investidores. Concluiu o respeitado tributarista ser o art. 31 do mencionado decreto norma meramente indicativa de aplicação obrigatória para os contratos livremente acordados, podendo tal interpretação ser explicada pelo antigo IBDF, numa interpretação lógico-sistemática, através de portarias normativas (AFFONSO, op. cit., p. 150).

Neste último caso, Spinelli, Scalzilli, Corradini e Telechea[44], em articulado conjunto, afirmam com propriedade que a sociedade em conta de participação continua sendo um instrumento atualíssimo de captação de recursos para alocação em atividade produtiva, viabilizando empreendimentos de variados tipos, inclusive no âmbito do mercado de capitais, como no caso dos contratos de investimento coletivo – CIC. Têm razão.

De fato, o inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/76 trouxe uma definição genérica e aberta de valores mobiliários, de sorte que, ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, poderão ser considerados como valores mobiliários.

Assim, poderíamos dizer que os chamados contratos de investimento coletivo são negócios jurídicos bilaterais, ofertados publicamente e capazes de gerar um direito de participação, parceria ou remuneração para o contratante-aderente, com rendimentos que serão fruto do trabalho do empreendedor ou mesmo de terceiros, considerados por lei como valores mobiliários e, por isto, sujeitos à tutela da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Dito isto, é possível vislumbrar muitas semelhanças entre a sociedade em conta de participação e o contrato de investimento coletivo. Isto porque (1), em ambos, tem-se uma reunião de pessoas que, aportando recursos, buscam a realização de um empreendimento conjunto com o objetivo de auferir resultado positivo e dividi-lo (fim comum); (2) em ambas as figuras, há visível divisão dos papéis dos envolvidos, pois enquanto na SCP o sócio participante aporta recursos que serão utilizados pelo sócio ostensivo, no contrato de investimento coletivo o investidor aporta recursos para que o empreendedor ou terceiro explore o empreendimento;[45] (3) sociedade em conta de participação e contrato de investimento coletivo não têm personalidade jurídica, mas (4) ambos possuem eficácia meramente interna; (5) Tanto na SCP quanto no CIC, todo o patrimônio investido fica com o empreendedor; (6) ambos se prestam às mais diversas atividades; (7) em ambos é possível ter-

[44] SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, jul-set. / 2013, p. 244.

[45] Ao analisar as características dos contratos de investimento coletivo, especialmente aquela que se refere à origem dos rendimentos que oferece, advindos do esforço do empreendedor ou de terceiros, Haroldo Verçosa pondera que tal característica não afasta a figura da sociedade, lembrando do que se verifica na sociedade em conta de participação quanto ao sócio oculto, na sociedade limitada em relação aos minoritários e nas companhias em relação aos acionistas titulares de ações sem direito a voto, considerados por muitos como meros investidores, sob a ótica econômica (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo ("Boi Gordo" e outros). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. SP: Ano XXXVI**, n. 108, 1997, p. 98.).

se uma permanente oferta de adesão a novas partes investidoras e constante possibilidade de desistência dos que dela participam, ou seja, são contratos "abertos" neste aspecto subjetivo, autorizando a livre transmissibilidade da posição contratual de investidor; (8) em ambos os casos é possível a emissão de certificados; (9) em ambos é possível estipular a remuneração do sócio ostensivo ou empreendedor, por conta da administração realizada; (10) em ambos os institutos é possível que sócio oculto ou investidor participem de determinadas deliberações da sociedade, desde que não chamem a si o sucesso do empreendimento, que não assumam a condição do empreendedor; (11) em ambos existe liberdade na definição de participação nos resultados, mas (12) não se tem garantia de resultado; (13) ambos podem ter prazo determinado ou indeterminado.[46]

Pelo exposto, podemos dizer que o contrato de investimento coletivo deve ser encarado como uma sociedade em conta de participação – apesar de nem toda sociedade em conta de participação ser um contrato de investimento coletivo, pois, para que se tenha um contrato de investimento coletivo é indispensável que ocorra a oferta pública (art. 2º, IX da Lei nº 6.385/76). Tudo dependerá, no caso concreto, da função desempenhada pela sociedade em conta de participação.[47]

Neste contexto, é possível afirmar que até o advento da Medida Provisória 1.637, de 8 de janeiro de 1998, que enquadrou o contrato de investimento coletivo como valor mobiliário, este só poderia ser tratado como sociedade em conta de participação, nos moldes dos arts. 325 a 328 do Código Comercial revogado. Hoje, porém, o contrato de investimento coletivo está sujeito não só ao regramento da Lei 6.385/1976, como também ao Código Civil (arts. 991 a 996).[48]

4.2 Imposto de Renda, planejamento tributário e *joint venture*

A sociedade em conta de participação, comumente, permitia aos empresários a exploração de determinada atividade em condições menos onerosas, quanto ao aspecto tributário, se comparada aos demais tipos societários, já que sua renda não sofria tributação

[46] SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, jul-set. / 2013, p. 280-282.

[47] SPINELLI, op. cit., p. 283.

[48] SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, jul-set. / 2013, p. 290.

por causa da despersonalização, até que, em função dos Decretos-Leis nº(s) 2.303/1986 (art. 7º) e 2.308/1986 (art. 3º), esta situação se modificou, passando a legislação específica a equipará-la às demais sociedades para fins de Imposto de Renda.[49]

Atualmente, o Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/1999) trata da sociedade em conta de participação em seus arts. 148 (equipara as sociedades em conta de participação às pessoas jurídicas), 149 (estabelece que na apuração dos resultados dessas sociedades, bem como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral e ainda o disposto no art. 254, II do regulamento), 254 (trata da escrituração das operações da sociedade em conta de participação, que poderá ser efetuada nos livros do sócio ostensivo ou em livros próprios)[50] e 515 (estabelece que o prejuízo fiscal apurado pela sociedade em conta de participação somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma sociedade, sendo vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais sociedades em conta de participação ou entre estas e o sócio ostensivo).

Vanessa Sebben e Simone Martins[51], estudiosas das vantagens tributárias oferecidas pela figura da sociedade em conta de participação: ser menos burocrática, concentrar a tributação numa só pessoa (o sócio ostensivo), permitir a redução de custos administrativos (taxas de arquivamento) e fiscais (tributação pelo lucro presumido, com alíquotas mais baixas), concluem que a utilização de uma SCP - o que chamaram de metodologia – pode redundar em economia lícita de tributos (elisão), ou seja, funcionar como importante ferramenta de planejamento tributário, sendo certo que, se o investimento feito for de caráter estrangeiro, ou tem como parceira uma empresa estrangeira, apresentar-se-á como *joint venture*, facilitando as operações econômicas e financeiras em prol de uma otimização de recursos, que muito interessa ao Direito Empresarial.

---

[49] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138-139.

[50] Art. 254. A escrituração das operações de sociedade em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, observando-se o seguinte:

I - quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação;

II - os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros;

III - nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade.

[51] SEBBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, 2011, p. 84-85.

José Maria da Costa[52], após bem conceituar a *joint venture*, que sintetizaremos como contrato envolvendo um conjunto de sujeitos de direito, nacionais ou estrangeiros, que realizam aportes variados, sem perda de identidade (personalidade) jurídica ou empresarial, para realização de negócio comum, por tempo limitado, com intuito de obter benefícios econômicos, financeiros ou simples valorização patrimonial, também vê na sociedade em conta de participação uma subespécie de *joint venture*, do tipo *non corporate joint venture*, por se tratar de contrato de colaboração empresarial ou associação de interesses que não implica na criação de uma pessoa jurídica.

Ana Affonso[53], com apoio em Gustavo Oliva Galizzi, também enquadra a sociedade em conta de participação como subespécie de *joint venture,* reconhecendo que a sua utilização como instrumento de parcerias internacionais, ou mesmo nacionais, é de grande valia.

4.3 Responsabilidade social

Nos tempos atuais, surge uma nova concepção de Direito Empresarial de modo a oportunizar não só uma reflexão sobre a sua responsabilidade social, mas também sobre sua função ética. Aliás, a função social da empresa conduz também à responsabilidade social, levando o novo sujeito de direito para além dos interesses individuais.[54]

Responsabilidade social, ensina-nos Hugo Cruz Maestri, "é o comportamento ético de uma sociedade ou uma organização empresarial na busca do amplo desenvolvimento de seus *stakeholders* através da integração de normas voluntárias de conduta e/ou da observância de regras cogentes, com o fim de se alcançar a plena dignidade da pessoa humana."[55]

Contudo, a fim de afastarmos qualquer romantismo nestas palavras, é conveniente esclarecer que a função social da empresa, princípio dotado de exigibilidade e juridicidade, relacionado à função social da propriedade, não se confunde com a responsabilidade social da

---

[52] COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002.** Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006, p. 135.

[53] AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014, p. 152.

[54] FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, 2005, p. 71 e 80.

[55] MAESTRI, Hugo Cruz. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011, p. 45.

empresa, proposição ética que mais se aproxima de um dever moral que de uma obrigação jurídica, tendo, pois, caráter dispositivo, embora sem restrição de aplicação.[56]

Certo é que a responsabilidade social pode se mostrar, na prática, como uma estratégia competitiva eficaz, que revela uma preocupação empresarial com objetivos econômicos, ambientais e sociais para além do simples lucro, e capaz de conquistar a simpatia do mercado.

Armando Luiz Rovai[57], após destacar que a grande novidade trazida pelo Código Civil de 2002, em relação à SCP, foi a possibilidade expressa de os sócios registrarem em Cartório de Registro Público o contrato entre eles celebrado, afirma que as empresas têm uma intrínseca responsabilidade social, não importando a forma de sua constituição ou formatação societária, motivo pelo qual sugere o debate em torno da adoção de uma concepção de responsabilidade social em sociedades em conta de participação que leve em conta o prazo determinado para cumprimento de seus objetivos.

De nossa parte, acreditamos que, para esta ousada empreitada – a de fazer com que a responsabilidade social se firme como obrigação jurídica e não como simples dever moral - o chamado Direito Administrativo Sancionador poderia, não sem grande dificuldade, se mostrar como via adequadora da responsabilidade social, conquanto possa se revelar, na prática, uma agressão à livre iniciativa.

De qualquer modo, a questão é importante e merece reflexão, já que a sociedade em conta de participação pode ser usada também como meio de burlar a legislação trabalhista,[58]

---

[56] MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada.** Tese (Doutorado em Direito Comercial). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 93, 108 e 278.

[57] ROVAI, Armando Luiz. O impacto do código civil de 2002 no direito societário e seus reflexos na responsabilidade social da empresa. In: **Responsabilidade social das empresas** / Carlos Aurélio Mota de Souza (coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 15.

[58] Foi o que se observou no julgamento Recurso Ordinário em ação civil pública, processo nº 0100600-91.2008.5.04.0008, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), sendo relator o Desembargador José Felipe Ledur. No caso em questão, a reclamada (sócia ostensiva), talvez incentivada pelo sucesso obtido anteriormente junto à Justiça Federal da 4ª Região e relacionado a uma autuação de natureza previdenciária (processo nº 2002.71.14.001226), constituiu, massificadamente, sociedades em conta de participação com seus gerentes (ex-empregados), incentivados a criar sociedades limitadas (sócios ocultos), que fariam a intermediação na venda de móveis e eletrodomésticos mediante comissão de 5,8%. Ou seja, os empregados da reclamada tinham seus contratos de trabalho rescindidos e passavam a ser empregados das novas sociedades limitadas criadas por seus gerentes, também ex-empregados, agora titulares de pessoas jurídicas diversas, que continuavam gerindo as filiais da reclamada. Neste ajuste vislumbrou o Judiciário Trabalhista uma utilização viciada daquele modelo societário, que estaria sendo inserido num esquema de terceirização ilegal da atividade-fim da reclamada (o comércio por atacado e varejo de máquinas, implementos agrícolas e respectivos acessórios e peças, eletrodomésticos, som, imagem, móveis, tintas, pneus e máquinas e equipamentos de informática), caracterizador de abuso de direito e causador de dano moral coletivo. Isto porque numa verdadeira sociedade em conta de participação, a atividade é gerenciada pelo sócio ostensivo, que se obriga para com terceiros, e não pelos sócios participantes, que mais se assemelham a investidores e apenas fiscalizam os negócios sociais, não

além da tributária-previdenciária[59] e consumerista,[60] caso em que mais exigível será a observância de sua função e responsabilidade sociais.

Está aí, portanto, o futuro da sociedade em conta de participação, considerada definitivamente como sociedade e empresa, a ponto de se lhe exigir a responsabilidade social, mas viabilizando cada vez mais e melhor os mais diversos empreendimentos.

---

assumindo obrigações trabalhistas ou previdenciárias, inexistindo, ainda, a figura do "sócio de serviço" na sociedade em conta de participação. Aplicou-se, então, o art. 9º da CLT (Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Ano VII | Número 118 | 2ª Quinzena de Maio de 2011, p. 15-27). Situação diversa, entretanto, observamos no julgamento de um Recurso Ordinário pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), processo nº 00922-2005-036-01-00-4, cujo relator foi o juiz Evandro Pereira Valadão, datado de 09.07.2008. Neste feito, a reclamada, sem coação de qualquer natureza, conclamou seus ex-empregados a firmar contrato de sociedade em conta de participação com a mesma, onde seriam os obreiros os sócios ocultos, investindo, para tanto, na sociedade, as suas verbas rescisórias constantes dos acertos respectivos. Após o insucesso do negócio, perfeitamente possível no exercício de qualquer atividade empresarial, pretendeu a reclamante, considerada gerente de equipe, a sua nulidade. Entretanto, entendeu o Judiciário, tanto em primeira como em segunda instâncias, pela validade do contrato de sociedade outrora firmado. Na compreensão da Corte, uma vez preenchidos os pressupostos para existência e validade da sociedade em conta de participação, a anulação da associação do sócio oculto só se faz possível se houver prova da existência de vício na formação da vontade, consubstanciado em erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, dolo ou coação (considerando-se o Código Civil vigente à época de sua formação), de sorte que não provados o vício de consentimento e a fraude alegados, nada havia a modificar na sentença de improcedência, que reconheceu a validade da resilição contratual operada anteriormente e da constituição da sociedade em conta de participação, da qual a reclamante participou de forma espontânea como sócia oculta, sujeita, naturalmente, aos riscos próprios do empreendimento. Isto nos faz crer que a sociedade em conta de participação pode, também e legitimamente, servir de instrumento para o planejamento empresarial-trabalhista, não sendo correto demonizá-la ou vislumbrar fraude na generalidade dos casos.

[59] O Instituto Brasileiro de Estudos Tributários noticiou, em 04/09/2014, que a Receita Federal vem, reiteradamente, autuando as sociedades em conta de participação contratadas entre hospitais (os sócios ostensivos) e muitos de seus profissionais de saúde (os sócios ocultos). Ao encontrar provas de que tais profissionais atenderem no hospital, e não apenas se postaram como sócios sem função ativa, meros investidores, entendeu o Fisco (acórdão 2802-003.065, publicado em 22/08.2014) que o arranjo, idealizado como planejamento tributário, foi feito apenas para evitar a contratação daqueles profissionais como prestadores de serviço, que passaram a receber lucros isentos, em vez de remuneração com incidência de contribuições previdenciárias e Imposto sobre a Renda, ou seja, rendimento efetivamente tributável. Fonte: http://www.ibet.com.br/carf-e-o-planejamento-ilicito-nas-sociedades-em-conta-de-participacao/#more-15067

[60] Neste último caso, as fraudes observadas vão desde a publicidade enganosa, capaz de seduzir o consumidor com oportunidades de, rapidamente, adquirir, construir ou reformar imóveis, formalizadas através da contratação de uma sociedade em conta de participação, indo até à promessa de venda de bens a varejo mediante oferta pública e com recebimento antecipado do respectivo preço, ainda que parcialmente, que configura atividade abarcada pelo art. 7º, II da Lei 5.768/1971, caso em que estaremos diante de uma atividade própria de administradora de consórcios, sem a prévia e indispensável autorização do Banco Central, sob a forma de sociedade em conta de participação. Genericamente falando, estaríamos diante de uma ilegal ou, no mínimo, irregular captação de poupança popular. Maiores informações podem ser encontradas nos escritos de Marco Antônio Zanellato, professor universitário e operoso Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, e no exame do Procedimento nº 08012.000556/2003-20, que tramitou perante o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/sociedades-em-conta-de-participacao-assinado.pdf), aos quais remetemos o leitor interessado para futuras pesquisas.

5 CONCLUSÕES

A concluirmos este nosso articulado, forçoso é reconhecer que, embora um pouco negligenciada pelos manuais, a sociedade em conta de participação nunca deixou de ser instrumento útil para o empreendedorismo e para o investidor, mesmo sob a égide do velho Código Comercial, sobretudo antes de 1986, quando então foi equiparada a pessoa jurídica para fins de tributação do Imposto de Renda.

Evidentemente, verificou-se uma evolução legislativa na disciplina jurídica da sociedade em conta de participação no Código Civil em vigor, se comparada à do Código Comercial revogado. Afinal, o legislador dedicou-lhe mais artigos e melhor técnica.

Por outro lado, ainda que a prática a revele como tipo societário de curta duração, para realização de um ou alguns negócios, não se pode mais estigmatizá-la como sociedade momentânea, transitória ou acidental, como se a sociedade em conta de participação fosse criada e estivesse fadada a realizar somente um empreendimento ou negócio no curso de sua existência, desaparecendo logo em seguida, mesmo porque inexiste, na lei em vigor, limitação temporal que autorize aquela compreensão.

Se, como visto, nem toda sociedade em conta de participação se revela como contrato de investimento coletivo, sendo a recíproca verdadeira, atraindo, também, a aplicação do Código Civil (arts. 991 a 996), é possível afirmar que a sociedade em conta de participação pode apresentar-se ainda como subespécie de *joint venture*, se o investimento pertinente é de caráter estrangeiro ou tem como parceira uma empresa estrangeira. De qualquer modo, a sociedade em conta de participação constitui ferramenta utilíssima de planejamento tributário.

Como já dissemos, o momento atual, no qual a dinâmica do Direito Empresarial e a criatividade do empresário são capazes de criar novas figuras jurídicas e novos arranjos contratuais, nos permite entrever novas feições, novas versões da antiga sociedade em conta de participação, que se vai reinventando e evoluindo, a fim de adaptar-se ao comércio do futuro.

Neste sentido, o futuro da sociedade em conta de participação estaria, a nosso ver, primeiramente, na intensificação de sua utilização como valor mobiliário, sob a forma de contratos de investimento coletivo, especialmente envolvendo negócios imobiliários. Em segundo lugar, é de se vê-la como oportuno e legítimo instrumento de planejamento, não apenas tributário, mas também trabalhista, sobretudo quando efetivamente redundar na

melhoria da condição social do trabalhador e, por fim, definitivamente consagrada como verdadeira sociedade e empresa, a ponto de se lhe exigir a chamada responsabilidade social.

Isto é o que nos aguarda.

RESUME

This article aims to examine the legal discipline of unincorporated participation in the Commercial Code of 1850 (the past), the Civil Code of 2002 (the present), as well as that which , although it is already reality on a smaller scale, seems to be the future of the institute trend: its potential functionality such as security (collective investment contract), its usefulness in tax planning, including as joint venture and, finally chargeability, in theory, of its social responsibility .

KEYWORDS: Unincorporated participation - Commercial Code - Civil Code of 2002

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A sociedade em conta da participação no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

ALBANO, Cícero José. **Direito empresarial.** Curitiba: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – Paraná, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins. Da Sociedade em Conta de Participação. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 33, p. 39-56, jan./mar., 2008.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. SCAVONE JÚNIOR (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2006.

CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado econômico.** Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, José Maria da. **A sociedade em conta de participação no direito de empresa do Código Civil de 2002.** Dissertação (mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Faculdade de Direito, 2006.

COSTA E NORA, José Zacarias de Almeida Sampaio. Do contrato de conta de participação. **Revista da Ordem dos Advogados.** Lisboa, v. 2, ano 6, nº 2 e 4, p. 104-179, 1946.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da UniFil**, ano II, n. 2, p. 67-85, 2005.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Código Civil de 2002: o que há de novo?** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002.** 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2005.

MAESTRI, Hugo Cruz. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais.** Dissertação (mestrado). Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias.** v. 2., 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** v. 4., 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de direito comercial.** 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada.** Tese (Doutorado em Direito Comercial). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 16. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROVAI, Armando Luiz. O impacto do código civil de 2002 no direito societário e seus reflexos na responsabilidade social da empresa. In: **Responsabilidade social das empresas** / Carlos Aurélio Mota de Souza (coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, p. 11-38, 2007.

SEBBEN, Vanessa; MARTINS, Simone. A sociedade em conta de participação e a *joint venture* como ferramentas de planejamento tributário. **Revista CEJ**, v. 15, p. 81-87, 2011.

SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta participação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 61, p. 243-296, jul-set. / 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo ("Boi Gordo" e outros). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, Ano XXXVI, n. 108, p. 91-115, 1997.

Data de recebimento: 11/09/2015

Data de aceitação: 21/12/2015

A ERA DOS PRINCÍPÍOS NO BRASIL: ALGUMAS CRÍTICAS IMPORTANTES.

THE AGE OF THE PRINCIPLES IN BRAZIL: SOME CRITICAL IMPORTANT.

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA[1]
SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo estudar a teoria dos princípios e sua aplicação em casos concretos no País. A Constituição de 1988 trouxe ao ordenamento brasileiro uma dicotomia existente entre princípios e regras, em um ordenamento misto; e a cada dia que passa, as decisões judiciais são fundamentadas em princípios; e é a partir desta ideia que nasce o Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988; regras X princípios, CPC-73, CPC-15

ABSTRACT

This work has the objective to study the theory of principles and their application in specific cases. The 1988 Constitution brought the Brazilian planning an existing dichotomy between principles and rules, in a mixed order; and every passing day, judicial decisions are based on principles; and it is from this idea that comes the Code of Civil Procedure 2015.

[1] Professor – assistente das disciplinas de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós Graduando em Direito Processual Civil. Advogado. Presidente Prudente/SP – Telefone – (18) 3901.4000 - joaovictormospfc@hotmail.com

[2] Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999) e mestre e doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003) e Doutor (2011). Professor do Programa de Pós Graduação em Sistema Constitucional de Garantias da Instituição Toledo de Ensino. Professor titular de Teoria Geral e Direito Internacional do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo"; Coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente). Membro e vogal da Asociacion Mundial de Justicia Constitucional e Asociacion Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Presidente Prudente/SP - Praça Raul Furquim, n. 09 – Telefone - (18) 3901.4000 – e-mail - coord.direito@toledoprudente.edu.br

Keywords: 1988 Federal Constitution; X rules principles

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que ganha atualidade com o Novo Código Civil Brasileiro. Nos escritos de Francesco Carnelluti[3] na obra "Como nasce o Direito", o mestre italiano diz: "jurista é aquele que fabrica o Direito". Esta frase traduz muito bem o sentimento de mudança de interpretação e aplicação da ciência jurídica. Eráclito de Éfeso, filósofo pré-socrático, já dizia que a essência da vida é a constante mudança; tudo flui, tudo passa; e a interpretação do Direito de uns tempos pra cá mudou completamente e rompeu paradigmas, sobretudo pelo desapego que o Direito posto, a lei positivada e a necessidade de intervenção da moral nas discussões jurídicas, dando ao juiz a possibilidade de interpretação/criação/reinvenção do Direito. É assim que nascem os princípios.

A utilização dos métodos dedutivo e indutivo contribuiu para a realização do presente trabalho, cujo objetivo principal é o de discutir e questionar, apontando pontos positivos e negativos, para a utilização dos princípios como forma de fundamentação judicial.

Pedimos licença aos caríssimos leitores porque não nos valeremos das diversas teorias da fundamentação judicial, mas sob um aspecto mais pragmático se baseia nosso estudo.

A discussão sobre princípios constitucionais é extremamente atual, sobretudo porque a partir de agora, temos um Código de Processo Civil- portanto uma legislação infraconstitucional- que obriga o juiz a pautar suas fundamentações se valendo de princípios transcritos no próprio Código e que, na verdade, são cópias dos vetores constitucionais.

Analisando, portanto, o Código de Processo Civil de 2015, podemos concluir que o próprio Capítulo I do diploma processual é inaugurado com o estudo das "Normas Fundamentais do Processo Civil". Neste capítulo, constatamos que os 12 primeiros artigos que inauguram o código versam sobre princípios basilares do novo processo civil e muitos destes estão dispostos na própria Constituição Federal. Noutras palavras, quando o legislador positiva no diploma processual os baluartes de proporcionalidade, razoabilidade, publicidade, eficiência, legalidade, tais pressupostos não são novidades ao nosso ordenamento jurídico, já

---

[3] CARENELUTTI, Francesco. Como nasce o Direito -2007,p.7

que isto é cópia proposital do art. 5º de nossa carta Magna; há também princípios próprios do processo civil contemporâneo disposto no mesmo capítulo, como também o princípio da primazia pela solução de mérito, princípio da cooperação, dentre outros.

Esta cópia das normas básicas da Constituição em diplomas infraconstitucionais é uma nova tendência do constitucionalismo contemporâneo; resultado do fenômeno da "constitucionalização de direitos", que nada mais é de que a imposição dos baluartes constitucionais aos diplomas abaixo dela.

Nesta direção, em diversos dispositivos do novo e vigente Código, o legislador se valeu de expressões abertas, genéricas, como por exemplo, o princípio da cooperação judicial (art.6º), princípio da primazia pela solução de mérito (art. 4º), princípio da boa -fé (art. 5º), princípio do contraditório (7º) de forma intencional.

O intuito do legislador, ao colocar em um capítulo inicial o título de "normas fundamentais" é impor aos interpretes e aplicadores do diploma a necessidade de observância ou interpretação dos outros dispositivos conforme os doze primeiros artigos iniciais.

Neste sentido, o legislador ao impor cláusulas abertas ou genéricas em uma legislação tem como objetivo que garantir que o dispositivo venha a ser interpretado e se amoldado em um conteúdo histórico. Por exemplo, desde a Magna Carta Libertatum de 1215[4], o legislador lá em meados do século XIII já falava em devido processo legal. Tal princípio, portanto, por ser uma cláusula aberta, possibilita que no conceito dele sejam incorporados conteúdos históricos, o que garante a possibilidade destas normas se prolongarem pelo tempo. Outro exemplo clássico é a Constituição dos Estados Unidos, de 1777, em que em diversos dispositivos o legislador se vale de cláusulas gerais, princípios basilares e que podem ser amoldados com o tempo, dando maior durabilidade à própria lei.

Como consequência desta primazia do legislador, houve a necessidade da própria doutrina e jurisprudência darem vida e estudarem a fundo a força normativa dos princípios.

No entanto, muito embora o fenômeno da força normativa dos princípios seja algo novo na legislação pátria, desde os escritos gregos e romanos, as legislações mais antigas

[4]"O dispositivo 2.1 da Magna Carta Libertatum já trazia o conteúdo do princípio que, hoje, chamamos de devido processo legal: " Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país."

já falavam em princípios como sendo algo fundamental, nascidos com os seres humanos. No Brasil, esse fenômeno se tornou mais evidente a partir da Constituição de 1988.

Neste sentido, transcorremos aqui os ensinamentos do professor e agora ministro do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso:

> "Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: "Nada pode ser e não ser simultaneamente", preceito subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: "Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu". Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade"[5].

Neste sentido, a jurisprudência da Corte Constitucional americana (uma das pioneiras na utilização dos princípios como fundamento de construções jurídicas) é farta no sentido de utilizar os princípios como forma de solução de lides extremamente complexas. A própria doutrina clássica, e aqui nos valemos dos ensinamentos de Konrad Hesse, admitem a utilização dos princípios como forma de proteção e força da Constituição. Vejamos:

> "Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (Geistige Situation) de seu tempo, isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequado e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.
>
> Assegura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraída as disposições de índole técnico organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser

[5] BARROSO, Luís Roberto, 2006, p.28/ 29.

> desenvolvido. A constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição"[6].

A partir destas considerações preliminares, devemos considerar que a utilização dos princípios no ordenamento jurídico e como fundamento para as decisões judiciais é fruto de uma evolução histórica, de um lado, o positivismo clássico de Hans Kelsen e de outro, o pós Segunda Guerra Mundial e a incidência de valores morais no Direito.

2 OS PRINCÍPIOS

A palavra princípio (do latim, *principium*), nos traz a conotação de "começo", fonte, de onde algo nasce. Para a teoria geral do direito, os princípios possuem a função de bússola, norteando a interpretação daquele que aplica a norma a um caso concreto. Estes são vetores, são axiomas que nos levam a um estado ideal, a algo que se busca.

Norberto Bobbio na sua obra "A era dos direitos" afirma que o constitucionalismo passou por três fases, que são classificadas por direitos previstos nas cartas de direitos[7]. A primeira geração ou dimensão nasceu nos Estados Unidos da América do Norte, com direitos de liberdade, enquanto que a segunda teria ocorrido com a Constituição da Alemanha de 1919 e a Constituição Meixcana de 1917, com direitos de igualdade. A terceira dimensão chamada de fraternidade teria ocorrido em 1948, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas.

Nesta nova etapa dos direitos e garantias, tomando com base essa classificação do mestre italiano, o Brasil estaria adentrando numa era de utilização dos princípios. Inicialmente, são necessárias algumas definições.

Dentre as características dos princípios, destacam-se: são abstratos, ou seja, servem para vários casos, encampam diversas possibilidades e por assim serem, são universais, transgredindo fronteiras do ordenamento jurídico. Mas, a principal característica

---

[6] HESSE, Konrad, A força normativa da Constituição, p. 29/30.
[7] BOBBIO, Noberto. A era dos direitos, p.16.

dos princípios está no fato de conviverem conflituosamente. Logo, o princípio da soberania, por exemplo, pode estar em conflito o princípio pro- homini, embora estejam em conflitos, esses princípios existem e podem ser aplicados concomitantemente ao mesmo caso, mesmo que sendo opostos.

Por exemplo, se pensarmos numa decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Maria da Penha X Brasil: Há dois princípios em conflito, de um lado, o princípio da soberania e, do outro, a relativização do princípio do prévio exaurimento dos recursos internos e o princípio da celeridade processual.

> "30. Segundo o artigo 46 (1) (a) da Convenção, é necessário o esgotamento dos recursos da jurisdição interna para que uma petição seja admissível perante a Comissão. Entretanto, a Convenção também estabelece em seu artigo 46 (2) (c) que, quando houver atraso injustificado na decisão dos recursos internos, a disposição não se aplicará. Conforme assinalou a Corte Interamericana, esta é uma norma a cuja invocação o Estado pode renunciar de maneira expressa ou tácita e, para que seja oportuna, deve ser suscitada nas primeira etapas do procedimento, podendo-se na falta disso presumir a renúncia tácita do Estado interessado a valer-se da mesma.
> 31. O Estado brasileiro não respondeu às repetidas comunicações com as quais lhe foi transmitida a petição e, por conseguinte, tampouco invocou essa exceção. A Comissão considera que esse silêncio do Estado constitui, neste caso, uma renúncia tácita a invocar esse requisito que o isenta de levar avante a consideração de seu cumprimento"[8].

No mesmo sentido, agora no plano constitucional brasileiro de 1988, temos a interpretação do artigo 5º:

> "5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> XXII- É garantido o direito de propriedade;
> XXIII- A propriedade atenderá sua função social"[9].

---

[8] Organização dos Estados Americanos. 2001.
[9] BRASIL, 1988.

Sendo assim, no artigo 5º da Constituição, o rol dos direitos fundamentais, o legislador colocou como direito pétreo a propriedade, mas este, embora fundamental, é cerceado pela análise do princípio da função social da propriedade. Percebemos, portanto, que o mesmo legislador que concede um direito, é aquele que cerceia este; criando uma via de mão dupla.

Esse conflito é algo marcante nos princípios. Em contraposição, as regras apontam para um modelo de comportamento e não para um estado ideal a ser atingido, são imperativas, impõem ao destinatário uma atitude de fazer ou não aquilo que é proposto. É a partir desta contraposição entre princípios e regras que segundo o autor alemão Robert Alexy:

> "A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescreve uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como "mandamentos definitivos". Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios''[10].

Nesse mesmo sentido, para Ronald Dworkin, os princípios apresentam duas dimensões: a primeira, relacionada à questão da validade, já a segunda, no que tange ao peso, ou seja, a carga argumentativa que este traz consigo; diferentemente das regras, que são estudadas a partir da validade, aplicando-se a elas o critério do "tudo ou nada".

---

[10] ALEXY, Robert, 2009, Conceito e validade do Direito p. 85.

Por outro lado, vale ressaltar que as regras, não possuem como característica principal o convívio conflituoso, não podendo ser aplicáveis duas ou mais regras totalmente opostas a um determinado caso; pelo contrário, ou uma regra se aplica ou não se aplica a um fato determinado, assim, para a teoria de Dworkin, o traço marcante das regras é o fato de serem analisadas por uma dimensão de validade e por serem taxativas, aplicáveis - ou não - a certo caso.

Em outra visão, mais liberal ao intérprete, Humberto Ávila ensina:

> "O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento de tributo deve ser veiculado por lei, é aplicado como regra se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entende-lo como mera exigência da lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser o aplicado como princípio se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio da analogia, e como meio de realização do valor segurança, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados"[11].

Para o autor, interpretar um dispositivo como princípio ou como regra fica a cargo do aplicador da norma. Se entender o dispositivo como princípio, a mensagem do dispositivo terá um enfoque teleológico, será analisado sob a óptica de valores, mas se entender como regra, a mensagem trazida no bojo do dispositivo legal trará um modelo de comportamento, um mandamento a ser praticado pelo intérprete.

Neste sentido, temos a incidência do texto e da norma. O primeiro é o dispositivo propriamente dito, são os escritos literais que vemos no dispositivo. Pelo contrário, as normas são o resultado da interpretação, o sentido dado àquele texto. Aqui vemos a lição de Humberto Ávila (2014, pág.33):

---

[11] ÁVILA, Humberto, 2014, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos p. 45.

> "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não exista correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte"[12].

Luiz Guilherme Marinoni comunga a mesma opinião de Ávila:

> "O texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade da interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo. Prefere-se, assim, chamar o significado atribuído à lei de norma jurídica, deixando- se à lei, também costumeiramente assim designada, a designação de texto legislativo"[13].

Podemos concluir – a partir destas duas lições – que a atividade judicial recai sobre as normas. Saber ou não se um texto é constitucional ou não é dar a ele um sentido, seja a favor ou contrário ao conjunto de regras e princípios postulados pela Constituição Federal. Logo, é a primeira premissa que devemos ter em mente: embora a inconstitucionalidade seja um vício (de forma ou de matéria/ conteúdo), ela se manifesta pela interpretação, ou seja, pode ela ser declarada inconstitucional e posteriormente, ser mudado seu entendimento, declarando-a constitucional.

A subjetividade da constitucionalidade é algo que não tem como ser combatido pelo legislador, por um fato muito simples: direito não é matemática. Entretanto, o problema não reside na interpretação subjetiva, mas nas formas que o juiz usa para se chegar à conclusão sobre a (in) constitucionalidade de uma norma. Eis a grande problemática que, na maioria dos casos (para não dizer em todos), o magistrado se utiliza da teoria dos princípios para mudar seus entendimentos e realçar ainda mais o poder discricionário.

2.1 A Teoria dos Princípios na Visão de Gomes Canotilho

[12] ÁVILA, Humberto, 2009, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência p. 33.
[13] MARINONI, Luiz Guilherme, 2014, O STJ enquanto Corte de precedentes, p. 110.

O sentido da constituição e suas diversas teorias vem sendo um campo extremamente complexo e criterioso na moderna Teoria do Direito. Logo, à medida que a sociedade evolui (seja a partir de revoluções e mudanças político-ideológicas; seja pela quebra de paradigmas), a disciplina jurídica assim a acompanha; no entanto a Constituição é o principal e imediato alvo das transformações sociais.

Neste aspecto, a Carta Magna é o reflexo de sua sociedade e a partir disso que se introduz nos dispositivos constitucionais aquilo que o professor J.J Gomes Canotilho chama "multifuncionalidade das normas constitucionais"[14], que nada mais é que a necessidade dos dispositivos se especializarem cada vez mais, uma vez que a Constituição passou da Era de ser um documento que versava sobre questões organizacionais, e agora é uma Carta que versa sobre direitos e garantias fundamentais, sendo extremamente complexa e trazendo em seu bojo matérias desde o perfil organizacional do Estado, direitos fundamentais a questões sociais e econômicas, por exemplo.

É a partir destas considerações iniciais, que a Teoria do Direito viu a necessidade de se criar uma classificação extremamente complexa e que acompanha as tendências da Constituição.

Para o professor Gomes Canotilho, a complexidade da teoria geral dos princípios reside no fato de estarmos lidando com duas espécies de normas, logo, estamos lidando com duas espécies de uma mesma família. Mas Mas antes de tudo, nos fazemos a seguinte indagação: se princípios e regras compõe a família "norma" (gênero); o que seria esta chamada norma? Qual o conceito disto? Para o professor Humberto Ávila, um dos grandes estudiosos brasileiros da Teoria do Direito, "norma é o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos"[15], e a diferença entre dispositivo e norma está no fato de que o primeiro está ligado ao objeto de interpretação, enquanto o segundo está ligado ao resultado. O professor Ávila, neste sentido comparativo das normas, vai mais além, ao traçar comparações destes conceitos:

---

[14] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, p. 1145.
[15] ÁVILA, Humberto, 2013, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 33.

> "Em alguns casos há norma mas não há um dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.
> Em outros casos há dispositivo mas não há norma: Qual a norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.
> Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma (...). Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: O Supremo Tribunal Federal, ao proceder o exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal.
> Noutros casos, há mais de um dispositivo, mas a partir deles só construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma"[16].

A partir destes ensinamentos iniciais acerca do conceito de norma, é importante enfatizarmos- segundo o entendimento do ilustre constitucionalista português- que princípios e regras fazem parte de uma mesma família, ou seja, nasce de uma mesma fonte: a norma.

Entretanto, José Joaquim Gomes Canotilho traz uma série de diferenças entre regras e princípios, o que ele chama de graus/critérios. Neste sentido, temos:

> "a) Quanto ao grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
> b)Grau de determinabilidadena aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras(do legislador, do juiz) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
> c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de caráter estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico.(ex: princípio do Estado de Direito)

---

16 Idem.

> d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são " standards "juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça(Dworking) ou na "ideia de direito"(Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante"[17].

Além desta classificação, o constitucionalista português classifica os princípios quanto a três aspectos: a qualidade, quanto ao peso e quanto a validade.

No que tange ao primeiro – a qualidade – os princípios são normas de otimização, consoante ao condicionalismo fático e jurídico. Já nas regras, há uma exigência imperativa, não havendo o que se falar em existência de antinomias - aplicando-se a regra do tudo ou nada de Ronald Dworkin.

No que tange a segunda classificação – quanto ao peso – os princípios permitem uma ponderação com outros, o que nos leva a crer que em uma mesma lide, podem ser aplicados dois vetores extremamente antagônicos. Para as regras, não há que se falar em peso, uma vez que não há uma ponderação entre duas ou mais regras; ou uma regra se aplica ou não a um caso concreto. Quanto a validade, não se discute o peso das regras, apenas sua validade; uma vez que não sendo corretas, serão alteradas.

Além destas características doutrinárias acerca do conceito jurídico de regras e princípios; em um âmbito mais prático, fica fácil notarmos que um sistema baseado tão somente em regras nos levaria a um positivismo exacerbado, principalmente porque o legislador não conseguiria – taxativamente - prever diversas situações do cotidiano e por outro lado, um sistema somente de princípios nos levaria a ter um sistema jurídico extremamente conflituoso (já que os princípios convivem conflituosamente), abstrato e chegamos até mesmo acreditar que a Constituição perderia sua força normativa, pois não teria regras imperativas e que traçasse diretrizes importantes ao Estado.

A essa necessidade de existência de regras e princípios em um mesmo ordenamento, Canotilho denomina de "sistema aberto de regras e princípios", uma vez que o

---

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002,Direito Constitucional e Teoria da Constituição p. 1146.

sistema perfeito e a consequente força normativa da Constituição advém da coexistência dos vetores de otimização quanto das regras imperativas.

É a partir do sistema aberto, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, que a Constituição estaria mais próxima da perfeição; isto porque neste o legislador valorizaria e muito a força normativa dos princípios, que segundo o grande constitucionalista, tem diversos papéis fundantes para o estado Democrático de Direito. O primeiro deles está no fato dos princípios serem normas de função normogenética e de função sistêmica, ou seja, servem de base para outras normas (e aqui falamos também de regras) e possuem idoneidade radiante, servindo de base para o sistema constitucional.

Partindo destas características dos princípios, Canotilho enfatiza a mudança de paradigma, em que se tira a ideia de um direito meramente teórico (de livros) para um direito de ação, da prática. Os princípios têm este condão, uma vez que incorporam ao ordenamento jurídico referências sociológicas, consagram valores fundamentais como a liberdade, democracia, dignidade e a possibilidade do sistema "caminhar", ou seja, os princípios dão suporte para a continuidade e desenvolvimento do aparelho constitucional. Neste sentido, temos o estudo do professor:

> "Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade , igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos(...) os princípios tem uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional(...) o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para um law in action para uma living constitutivo
> Esta perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional tendencialmente principialista, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (colisão de direitos fundamentais); mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da "textura aberta" dos princípios, a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o

> enraizamento prescruta-se na referência sociológica dos princípios e valores programa, funções e pessoas(...)"[18].

A partir das transcrições acima, nos parece superada a grande discussão que fomentou a Teoria do Direito e hermenêutica constitucional acerca da influência na moral e o Direito; fica evidente que as Cartas constitucionais de garantia dão primazia aos princípios, à influência da moral como forma de tutela dos seres humanos e consequentemente direitos destes. É a partir deste panorama que Canotilho classifica diversos princípios, de acordo com a razão/finalidade que este desempenha na Constituição.

2.2 A Súmula Vinculante nº 13

O caso em tela é um dos mais emblemáticos julgados da história do Supremo Tribunal Federal e que originou a Súmula Vinculante de nº 13, a vedação ao nepotismo, que nada mais é que a nomeação de parentes consanguíneos ou por afinidade em linha reta ou colateral para cargos do Poder Público, seja na esfera dos três poderes. Eis a Súmula vinculante:

> "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal"[19].

---

[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, 2002, Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 1149.
[19] BRASIL, 2008.

Mas o grande alvo de nossa discussão no campo da força normativa dos princípios e a teoria de Canotilho, não está propriamente na súmula vinculante, mas principalmente no precedente fundante que gerou a edição desta .

Em uma breve síntese, em meados de 2006 chega ao Pleno do Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 12, tendo como autora a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) que visava discutir no plano abstrato de constitucionalidade a Resolução de nº 7, de 14/11/2005 do Conselho Nacional de Justiça que regulamenta a não contratação de funcionários para o Poder Judiciário que possuíssem grau de parentesco (de forma direta ou não) com outros servidores do próprio Poder.

O que a Resolução queria era – acima de tudo – moralizar a contratação de funcionários e possibilitar que o ingresso nas carreiras fosse apenas mediante concurso público. O primeiro grande detalhe desta Resolução editada pelo CNJ e que teve uma grande discussão foi a seguinte premissa: o CNJ teria competência para "legislar" sobre formas de contratação nas carreiras públicas? E qual seria o interesse, a pertinência temática exigida pela CF, art.103 para a AMB propor essa ADECON como forma do Supremo entender a constitucionalidade deste ato jurídico e dar extensão aos demais Poderes?

A partir destas duas perguntas fundamentais, o STF entendeu que em primeiro lugar, o CNJ tem competência além de assegurar e defender a autonomia do Judiciário, mas também o dever de zelar pelos princípios esculpidos no artigo 37 "caput" da Constituição. O próprio artigo 103-B §4º, II reflete literalmente esta ideia, dando ao Conselho o dever de proteção da legalidade, moralidade e publicidade dos atos públicos do Judiciário. Em segundo aspecto, o Supremo entendeu que a Associação era competente para figurar no polo ativo da demanda e tinha pertinência temática - como reza o rol do art. 103, da Carta Magna - pelo fato de estar sendo discutido na referida ação, formas de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Poder Judiciário; logo, seria de total importância e relevância uma associação de magistrados ter interessa na causa.

A partir deste contexto, como o Supremo poderia dar extensão aos efeitos desta demanda para os outros Poderes, já que a Constituição Federal e tampouco uma norma de infraconstitucional se quer versava sobre a contratação de parentes no serviço público? Em linhas gerais, só havia uma Resolução do CNJ que vedava a contratação sem concurso público e este ato normativo era passível de discussão em vários estados da Federação que entendiam ser esta Resolução do CNJ inconstitucional, seja pela incompetência do órgão, seja porque a lei não trouxe esta vedação.

A partir destas considerações, o STF julgou a Resolução do CNJ constitucional. Mas como pode a Corte Suprema julgar constitucional uma lide sendo que nem a própria Constituição Federal autoriza ou veda esta contratação? Não havia nenhuma regra que vedasse. A saída da Corte, cujo relato deste caso foi do Min. Carlos Ayres Britto, foi reconhecer a força dos princípios e que não havendo regras, deve-se aplicar também os princípios norteadores da Constituição - como forma de assegurar o espírito da norma.

Partindo destes pressupostos, os Ministros acordaram que a própria Constituição em seu artigo 37, traz o princípio da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência como axiomas para a interpretação do real sentido da administração pública. Portanto, o tribunal quis dizer que, embora não houvesse uma lei vedando o nepotismo, havia princípios. E estes, como firma a teoria de Canotilho, fazem parte de um sistema aberto; e aqui justifica o uso dos princípios para a solução de lides extremamente complexas.

Neste sentido, temos no voto no Ministro Menezes Direito uma grande lição acerca da teoria dos princípios:

> "Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o principio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal"[20].

Em um caminho mais adiante, o Relator – Ministro Ayres Britto – enfatiza que o ato do CNJ não viola o princípio da Separação dos Poderes e como consequência, o pacto federativo:

---

[20] BRASIL, 2008.

> "Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público
> O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junge essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça"[21].

Este julgado se tornou marcante na jurisprudência do STF porque a Corte julgou apenas com base em princípios, não levando em consideração uma norma positivada. Entretanto, surge outro grande questionamento: pode o juiz julgar com base em princípios e partir de uma construção jurídica fundamentada, decidir de forma contrária a uma regra escrita? E a segurança jurídica? E o ativismo judicial: o STF fazendo às vestes do legislativo, criando normas a partir de princípios? Não estaria ferindo a Tripartição dos Poderes pela conduta pró- ativa?

2.3 O Caso da Progressão de Regime na Lei dos Crimes Hediondos

[21] Idem.

A lei 8072/90, em seu artigo 2º, em sua redação original vedava a progressão de regime aos crimes tipificados como hediondo. Para o Supremo, o dispositivo da lei era constitucional, até mesmo por razões de política- criminal, como forma de coibir ainda mais e repreender os praticantes destes delitos.

Numa pesquisa na jurisprudência do Pretório Excelso, achamos o primeiro caso que provocou a Suprema Corte no sentido de declarar inconstitucional a regra do artigo 2º. Trata-se do HC 71.363/94 MG e na ocasião, o Tribunal foi categórico em vedar a progressão. Em seu voto, o Ministro Paulo Brossard deixa claro que o STF não tem competência para discutir as condições pessoais do acusado. Eis a ementa do caso:

> "PACIENTE: BENEDITO GERONIMO DA COSTA
> IMPETRANTE: FLAVIO PIRES DOS SANTOS
> COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
> EMENTA: "HABEAS CORPUS". Crimes de latrocínio e de ocultação de cadáver. Pena. Indeferimento de pleito de progressão para o regime semi-aberto. Aplicação do artigo 2, par. 1. Da Lei n. 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos. Impossibilidade de aplicação retroativa da lei. Ofensa ao artigo 5. XL, CF. A vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos constitui "lex gravior", que não pode ser aplicada aos fatos anteriores a sua edição. Precedentes: HC 71.009, HC 68.416. A norma que trata do modo de execução da pena e de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios "tempus delicti commissi regit actum" e da irretroatividade da lei mais gravosa. Impossibilidade, em "habeas corpus", de discutir as condições pessoais do sentenciado, com vistas ao deferimento de progressão a regime semi- aberto, pendente como se faz o "decisum" de exame de fatos e provas. Precedente do STF: HC 66.253. Pedido conhecido, mas indeferido, com apoio no segundo fundamento do Acórdão, pela falta de preenchimento dos requisitos subjetivos do benefício indeferido, matéria cuja indagação não cabe nos estreitos limites do remédio eleito"[22].

Com base nestes votos, a jurisprudência do Supremo se ergueu e se solidificou até os anos 2000. Mais especificadamente em 2006, a Corte se deparou com o referido Habeas Corpus (HC 82.959/SP), cujo paciente- Oseas de Campos- praticara os crimes tipificados 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71 (todos do Código Penal vigente), e em sua defesa, foi

---

[22] BRASIL, 1994.

alegada a inconstitucionalidade da regra do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por violar o princípio da individualização da pena e consequentemente, o princípio da isonomia.

Em uma decisão histórica, digna de 6x5 dos votos, o Supremo acolheu esta tese de progressão e a partir daí declarou o dispositivo da lei inconstitucional. Destaca-se que em 12 anos a Corte entendia de uma forma e da noite para o dia, mudou seu posicionamento.

A grande questão de invocar princípios para a fundamentação judicial torna-se problemática se não for respeitada a segurança jurídica.

O juiz, ao decidir, leva consigo um respeito a uma jurisprudência edificada e a um costume histórico em que a decisão fora baseada. Assim, é claro que não só pode, como deve o juiz poder mudar seu entendimento, mas há a necessidade de uma jurisprudência de alerta, como forma de aviso aos jurisdicionados; pela primazia da segurança jurídica. A grande questão no que se refere à utilização de princípios para a fundamentação da decisão judicial é no sentido de tais vetores justificarem quaisquer posicionamentos.

Por outro lado, é necessário diagnosticar que a subjetividade faz parte da apreciação do Judiciário no controle concentrado; de tal sorte que a necessidade de incessante objetivação pode vir a causar injustiças, dando aos magistrados um poder de a partir de uma fórmula genérica, julgar casos que demandam um certo estudo subjetivo. Seria, a criação, de mais uma hipótese de jurisprudência defensiva. Nesta direção, Lênio Streck afirma:

> "Na verdade, a chamada objetivação permite ao STF fazer o que ele quiser, inclusive afastar-se do texto constitucional.
> A ideia de atuação do STF e STJ estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontrada respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em Tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração dos arts. 102 e 105 da CF, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são Tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva se fossem suprimidos do texto constitucional todos os writs constitucionais previstos na CF 5º, tais como : mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data.(...)"
> Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma"[23].

[23] STRECK, Lenio Luiz, O que é isto? Precedente judicial e as súmula vinculante?, p. 58.

A necessidade de objetivação da interpretação faz com que os Tribunais Superiores decifrem questões extremamente complexas de forma objetiva, sem muitas vezes proferirem decisões que analisem de forma coerente, a partir de uma reflexão sistemática a lide em concreto.

Vale destacar que o crescente uso dos princípios jurídicos, a começar da Constituição Federal de 88 que elenca vários deles, fez surgir uma nova corrente de pensamento, o neoconstitucionalismo, que tenta afastar o positivismo jurídico em detrimento de uma nova interpretação da constituição, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Trabalharemos, sem muita extensão e aprofundamento, este assunto um tanto quanto polêmico e que causa divergências significativas na doutrina.

3 PÓS POSITIVISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO: A ERA DOS PRINCÍPIOS

Pois bem, é nesse sentido que surge na doutrina um conceito de direito constitucional novo, amparado em princípios, valores e principalmente, no ativismo judicial em que muitas vezes o Judiciário faz as vestes do Legislativo. Ainda mais, é nesse sentido que essa hermenêutica constitucional se ampara ao dizer que foi superada a fase do positivismo e que agora, não vigora tão somente a lei, mas os princípios fundantes da Constituição, explica Daniel Sarmento:

> "As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àqueles do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa sem comprovado de forma experimental, ou deduzido more geométrico de premissas gerais, como postulavam

> algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas''[24].

Em primeiro aspecto, vale lembrar que o fenômeno da força normativa dos princípios não é algo novo, não nasceu com o neoconstitucionalismo, pelo contrário. Desde o período greco-romano, já poderíamos falar em mandamentos maiores que norteavam decisões. Ademais, uma pequena obra, mais consistente, traz a importância dos princípios para a força normativa da Constituição. Assim, versa Konrad Hesse:

> "Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condições. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido(...)"[25].

Para grande parte dos estudiosos do direito constitucional, a Magna Carta Libertatum de 1215, foi a fonte, a "carta mãe" das constituições, pois bem, nela também encontramos princípios interpretativos:

> "1- Prometemos diante de Deus, em primeiro lugar, e por esta nossa presente carta confirmamos por nós e por nossos herdeiros, para sempre, que a igreja da Inglaterra será livre e gozará dos seus direitos na sua integridade e da inviolabilidade das suas liberdades; e é a nossa vontade que assim se cumpra; e isto está patenteado pelo facto de que nós, de nossa plena e espontânea vontade, antes que surgisse a discórdia entre nós e os nossos barões, concedemos, e por nossa carta confirmamos e solicitamos a sua confirmação pelo Papa Inocêncio III, a liberdade de eleições, que é a de maior importância e essencial para a Igreja da Inglaterra; é a isto observaremos e queremos que seja observado em boa-fé pelos nossos herdeiros para sempre. Nós também

---

[24] SARMENTO, DANIEL, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho, p. 3.
[25] HESSE, Konrad, 1991, p.21. A Força Normativa da Constituição?

> concedemos a todos os homens livres do nosso reino, por nós e por nossos herdeiros perpetuamente, todas as liberdades abaixo escritas, para que as tenham e as conservem para si e para seus herdeiros, de nós e dos nossos herdeiros"[26].

Num segundo plano, devemos quebrar outro mito ao dizermos que a Constituição de 1988 por ser extremamente protetiva a direitos, traz em seu bojo mais princípios ao invés de regras. É importante salientar que os princípios têm um papel marcante na hermenêutica, uma vez que eles atingem situações que muitas vezes as regras não atingiriam.

É impossível o legislador constituinte discorrer acerca de todos os direitos e garanti-los de forma positivada, é nesse sentido que os vetores trabalham, ou seja, chegando onde mesmo o direito positivo não pode chegar. Contudo, ao analisarmos a Constituição Federal, vemos que por mais que seja um documento extremamente protetivo aos direitos, ela é composta por mais regras que princípios, basta analisarmos os capítulos.

É inviável a imposição, por exemplo, de normas de natureza tributária e orçamentária (Título VI), utilizando-se somente de princípios. Uma Carta de Direitos sem regra é um documento sem força normativa. E na dicotomia entre princípios e regras, nem o primeiro, muito menos o segundo se tornam mais importantes. Eles coexistem, se completando. Nesse sentido, Humberto Ávila diz:

> "Com efeito, embora ela contenha no Título I, princípios, todo restante de seu texto é composto por alguns princípios e muitas, muitas regras: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); Título III (da organização do Estado); Título IV (Da Organização dos Poderes); Título V(Da Defesa do estado e das Instituições Democráticas); Título VI (Da Tributação e do Orçamento); Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); Título VIII (Da Ordem Social); Título IX (das Disposições Constitucionais Gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, são compostos, basicamente por normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e não de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de "analítica", justamente por ser detalhista e

[26] Comparato, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos 1999.

> pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação, a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição de regras"[27].

Consoante a este entendimento, está à jurisprudência do Pretório Excelso. No julgamento do RE. 633.703/MG em que o Min. Gilmar Mendes foi o Relator, o Min. Luiz Fux, em seu voto sobre a incidência e aplicação da "Lei da Ficha Limpa", ao analisar a Teoria do Direito, proferiu seu voto no sentido de, ao analisar a dualidade entre princípios e regras, deve o aplicador optar pela segunda. Eis o voto:

> "O art.16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da nova teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes"[28].

Ao citar a presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, (art. 5º LXII), o voto do Ministro – agora na ADI 4578 – deixa claro que o conteúdo do dispositivo constitucional é de natureza de regras e não de princípios.

> "A presunção de inocência consagrada no art. 5º LXII da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (Teoria doa Princípios, 4ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2005) como uma regra, ou seja, com o uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa vênia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo"[29].

---

[27] ÁVILA, Humberto, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, p. 4.
[28] BRASIL, 2011.
[29] BRASIL, 2012.

Nesse sentido, respeitamos posições em contrário, mas é impossível falarmos em superação do positivismo jurídico em detrimento de uma nova era do direito, fundada na moral e em baluartes subjetivistas. É sabido, com todo consenso, que a força normativa dos princípios é uma realidade positiva, desde que usada de forma responsável pelo aplicador do direito, pois, caso contrário, o uso deturpado dos princípios levam distorções à regra e a uma grande insegurança jurídica. Os princípios, de forma alguma podem revogar regras já estabelecidas, nisso, reside o grande problema do ativismo judicial.

Lênio Luiz Streck ao interpretar a possibilidade de superação do positivismo pela possível nova interpretação constitucional, traz dois parâmetros para que de fato, haja essa superação:

> "De Tudo o que foi dito, para se realizar uma efetiva teoria pós positivista dois elementos são, inexoravelmente, necessários:
> a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teórico efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas;
> b) enfrentar o problema do silopsismo epistemiológico que unifica todas as formas de positivismo (aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é fértil nessa perspectiva, por seu excessivo arraigamento à epistemiologia e à filosofia da consciência"[30].

A partir desta análise, é claro entendermos que o pós-positivismo, ou a chamada "era dos princípios" não superou o positivismo clássico, pelo contrário, é impossível falarmos em um direito que não exista regras imperativas, que não exista uma carta de direitos escrita e positivada, até mesmo pela segurança jurídica é impossível falarmos em princípios sem falarmos em regras. Essa dicotomia é uma causa e consequência de uma mesma relação.

Noutro aspecto, falarmos que vigora hoje um Direito baseado tão somente nos princípios é não entender, na real essência, o significado dos princípios e a insegurança jurídica causada caso estes sejam usados de forma imprudente.

Neste sentido, valemos ressaltar que a emblemática obra de Adolf Hitler, ''Mein Kempf'', faz alusão do ideário principiológico de justiça por mais de 30 vezes, ou

---

[30] STRECK, Lenio Luiz, O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?., p.103.

seja, um mesmo princípio pode financiar catástrofes intermináveis à sociedade e ao ordenamento.

4 OS PRINCÍPIOS E PODER DISCRIONÁRIO DOS MAGISTRADOS

A necessidade de um ordenamento misto, composto de regras e princípios, possibilita um equilíbrio à própria legislação e ao próprio juiz; as primeiras, impondo comando coercitivo e a segunda, dando margem a interpretação e divagação pelo aplicador do Direito. Portanto, as regras e princípios se complementam, dando um equilíbrio, sobretudo à Constituição.

No entanto, por sua característica genuína de abstração, se os vetores forem interpretados em descompasso ao espírito da Constituição (fundamentos, finalidades), estes podem contrariar até mesmo o ordenamento, já que por princípios o julgador pode justificar o que bem quiser. Portanto, a interpretação de princípios deve ser cautelosa.

Lênio Streck, preocupado com a realidade brasileira, de forma a elucidar este raciocínio, elabora em um de seus artigos a anedota denominada "teoria da Katchanga". Nesta, ninguém sabe ao certo quais as regras, elas não estão pré-estabelecidas; o jogador que distribui as cartas é o que conhece as regras e ganha o jogo.

É a partir desta anedota, que devemos fazer uma reflexão: assim como o distribuidor de cartas, no jogo da Katchanga, conhece das regras e distribui as cartas tendendo o jogo para seu benefício, não pode o juiz de forma desarrazoada criar normas próprias a partir de princípios.

É por esta razão, que o referido professor taduz-de forma acertada- a diferença latente entre decisão e escolha e a utilização dos princípios. A decisão, é resultado de um estudo racional, pré-existente à sentença. A decisão parte da premissa de um estudo sistemático das normas do ordenamento.

Em sentido oposto, a escolha judicial é a tradução ao mundo externo da teoria da "katchanga". Nesta, o julgador antecipadamente já formou sua convicção e num ato déspota, escolhe quem é o ganhador da lide. E aqui reside a temática deste trabalho: os princípios, em muitos casos, são os fundamentos para a justificativa do direito de escolha e isto torna-se muito perigoso e uma verdadeira afronta à segurança jurídica, já que a

fundamentação não é resultado de uma análise ampla e crítica do processo, não implicando em uma cognição exauriente.

> "É preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão- no caso a decisão jurídica- não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância"[31].

Infelizmente, este é um dos grandes dramas da justiça brasileira. A massificação de processos, a quantidade de magistrados extremamente desproporcional ao número crescente de demandas e a utilização desordenada de princípios são elementos básicos para a insegurança jurídica.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e o dever de fundamentação imposto pelo artigo 489, há uma tendência de melhora na qualidade das decisões judiciais. Trata-se de uma expectativa, já que propor palpites numa legislação totalmente nova seria um equívoco. A modernidade e sucesso deste novo código só será possível se também houver uma mudança brusca na mentalidade dos aplicadores do direito.

O papel do juiz jamais é o de escolher e depois arrumar argumentos para justificar sua decisão. O bom magistrado é aquele que decide conforme sua consciência, a partir de um estudo amplo e uma cognição exauriente e a consequência lógica, é a decisão.

5 CONCLUSÕES

O surgimento do Código de Processo Civil de 2016 inaugura uma nova sistemática no ordenamento jurídico, a ideia de um processo constitucional que leva em conta os princípios como vetores necessários e obrigatórios para a interpretação sistemática. Há

---

[31] STRECK, Lenio Luiz, 2012, (falta pagina).

outras importantes mudanças no Novo Código Civil que não são objetos desta apreciação acadêmica, que visam agilizar o processo, com aproximação com a como law. No entanto, o recorte desta apreciação fica restrito a valoração ainda maior dos princípios.

Nesta mesma onda de constitucionalização de direitos, o Código de Processo Civil português de 2013 segue a mesma ideia de nossa legislação. Ao dispor sobre normas fundamentais, princípios basilares, a tendência das legislações modernas é tentar constitucionalizar ao máximo, as regras ali dispostas no parâmetro infraconstitucional.

O Brasil por meio da nova legislação processual busca prestigiar esses vetores denominados "princípios". Por conta disso, denominou-se esta nova etapa que prestigia esses axiomas como "era dos princípios", aproveitando a denominação e classificação de Norberto Bobbio feita em obra citada.

A Constituição de 1988 teve o condão de incompatibilizar às disposições previstas no já revogado Código Civil de 1916, que era uma legislação extremamente patrimonialista, desigual no tratamento de gêneros. Foi seguindo esta lógica, que o Código de Processo de 1973 se amoldou, também sendo uma legislação que tutelava muito o patrimônio (como exemplo clássico, a possibilidade de concessão de tutela antecipada somente nos procedimentos especiais), o que onerou ao legislador reformador e dever de adequá-lo à nova ordem constitucional, pós 1988. Assim nasce as cinco grandes reformas do já revogado Código de Buzaid.

O vigente e novo Código dá ao processo uma nova roupagem, jamais vista antes: a de ser um processo constitucional e por isso, fez o legislador questão de em diversos dispositivos, repetir a letra da própria Constituição.

Os princípios processuais e constitucionais mais do que nunca, a partir de agora, ganham força. Tranquilamente, hoje é possível provocarmos o Judiciário por princípios e não somente por regras, pois havia já nos tribunais uma interpretação nesse sentido, que ganhou força nas disposições processuais.

A tendência deste trabalho foi denunciar que a mentalidade dos aplicadores do Direito também deve mudar, buscando aperfeiçoar a interpretação constitucional do processo civil. De nada adiantaria um novo Código se não houver um novo estudo sobre o processo processual aliado somado também ao estudo da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional. Esta é a nova tendência das futuras e modernas legislações espalhadas pelo mundo. Por isso, buscou-se discorre sobre alguns dos fenômenos jurídicos decorrentes da chamada "era dos princípios".

REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo. WMF MARTINS FONTES, 2009.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**, 1969, República da Costa Rica.

_____. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Maria da Penha (12.051). 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em 10 de outubro de 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17. 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo. Editora Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, Rio de Janeiro. 2ª ed. RENOVAR, 2006.

.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1998, Brasília.

____ **Superior Tribunal de Justiça**. AgRG em REsp nº 382.736 – SC. 2004, Brasília. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/voto-banana-boat-humberto-gomes-barros.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 87.585-TO. 2008, Brasília. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/376_HC%202087585%20Voto%20Ministro%20Celso%20de%20Mello.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 71.363/94-MG. 1994, Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+71363.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+71363.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovd3xsh. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federa**l. Recurso Extraordinário 466.343. 2009, Brasília. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____, **Supremo Tribunal Federa**l. Recurso Extraordinário 633.703-MG. 2011, Brasília. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+633703.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+633703.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cyh3hbe. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. 2012, Brasília. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf. Acesso em 08 de out. 2014

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** São Paulo: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Portugal. 6ª ed. ALMEDINA.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. 2007, Belo Horizonte. LÍDER, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1999, São Paulo. SARAIVA. Disponível em http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/068.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão, São Paulo. 1ª ed. MARTINS FONTES, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo, 1ª ed, 2ª tiragem. MARTINS FONTES, 2000.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes., Porto Alegre. SERGIO ANTONIO FABRIS, 1991.

.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**, São Paulo. 2ª ed. RT. 2014.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho.** São Paulo. RT. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre. 2ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2014.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre. 3ª ed. LIVRARIA DO ADVOGADO, 2010.

Data de recebimento: 28/07/2015

Data de aceitação: 29/10/2015

.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

ENEMY'S CRIMINAL LAW

LUCAS DANIEL FERREIRA DE SOUZA*

RESUMO

O respectivo artigo procura denominar "Direito penal do inimigo", não propriamente um sistema penal ordenado e lógico, mas, um conjunto de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não tem como eixo um "fato" criminoso, senão um determinado tipo de autor. Não pode, ademais, ser identificado como mais um movimento punitivista ou retribucionista ou prevencionista autônomo. É, na verdade, uma forma de tratar determinados criminosos que, por não apresentarem "garantias cognitivas" de que vão permanecer fieis ao Direito, não são considerados pessoas. São não-pessoas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). A partir dessa premissa concebe-se que para esse inimigo não podem valer todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão comum, não haveria como fugir da existência de dois Direitos penais: um para o cidadão (dotado de garantias) e outro para o inimigo (sem garantias), porém, quando se fala em Direito penal do inimigo não se pode imaginar um conjunto normativo ordenado, mas sim, ordenamentos jurídico-penais, ou seja, manifestações avulsas, introduzidas com frequência por meio de legislação especial.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo, Jurídico-Penal, Direito Penal do cidadão.

* Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FDDJ - Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Como pesquisador e consultor jurídico possui diversos artigos publicados em periódicos qualificados, livros e anais de eventos, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Processual Penal. Marília/SP - Rua Joaquim Ferreira Evora. 279 – Telefone (14) 3432.5027 – e-mail - lucasdanielfs@hotmail.com

ABSTRACT

Thus respective article seeks to call "Criminal law of the enemy", not exactly a penal system orderly and logical, but a set of standards all around the criminal legal system characterized by violating the fundamental rights and guarantees of the person. There's no way axis a "fact" criminal, but a certain type of author. It can, moreover, be identified as another punishment or retribucionist or preventionist self-movement. It is actually a way to treat certain criminals, for not having "cognitive assurances" that will remain faithful to the law, are not considered people. Non-people (*Feinde sind aktuell Unpersonen*). From this premise is conceived that to this enemy cannot enforce all rights and guarantees of ordinary people, there would be no escape from the existence of two criminal Rights: one for the citizen (provided with guarantees) and the other for the enemy (no guarantees), but when it comes to criminal law of the enemy cannot imagine a set of rules ordained, but, legal and penal systems, such as loose manifestations, often introduced by special legislation.

Keywords: Enemy's Criminal Law, Legal and Criminal, Criminal Law citizen

1. INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas têm dado sinais de endurecimento de seus sistemas jurídico-penais. Muito se discute a respeito das razões que têm levado a esse fenômeno, desde a emergência e consolidação de novas formas de criminalidade - criminalidade transnacional, crimes que violam interesses metaindividuais -, passando pelo generalizado apelo midiático por mais punição, potencializado pelo discurso do incremento da violência, bem como por discursos pautados pela lógica do medo.

Diante desse quadro, interessa-nos abordar o tema do denominado direito penal do inimigo, concebido em fins do século XX (1985) pelo jurista alemão Günther Jakobs, que tem despertado a atenção de penalistas e não penalistas, promovendo debates que extrapolam o domínio do direito penal.

A teoria do doutrinador alemão Günter Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo vem, há mais de 20 anos, tomando forma e sendo disseminada pelo mundo, conseguindo fazer adeptos e chamando a atenção de muitos.

Parte-se do pressuposto em que a prática de um Direito Penal separaria os delinquentes e criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a ter o *status* de cidadão e, uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a voltar a ajustar-se à sociedade; os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado e seriam adversários, representantes do mal, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.

Por sua vez, os inimigos perderiam o direito às garantias legais, não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deverão ser afastado, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o *status* de cidadão. Jakobs vale-se dos pensamentos de grandes filósofos como Rosseau, Hobbes, Kant para sustentar suas teorias, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

Assim, aos cidadãos delinquentes, proteção e julgamento legal; aos inimigos, coação para neutralizar suas atitudes e seu potencial ofensivo e prejudicial. À sociedade em geral, principalmente aos que sentiram na pele a ação de criminosos, aos imediatistas, aos que, pressionados, precisam de uma solução rápida aos problemas criminais, a teoria de Jakobs poderá parecer, à primeira vista, uma solução quase que perfeita.

Sendo assim, os três pilares que fundamentam a teoria de Jakobs, que são: antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais e a criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (terroristas, supostos líderes de facções criminosas, traficantes, sem-terra, homem-bomba, etc.), poderiam funcionar perfeitamente em uma sociedade que tivesse condições e capacidades especiais para distinguir entre os que mereceriam ser chamados de cidadãos e os que deveria ser considerados os inimigos.

Atenta-se, porém, ao fato de que não temos capacidade, condições ou mecanismos para julgarmos com precisão e justiça, tampouco arcarmos com as responsabilidades que esta teoria traria ao mundo. Estamos cansados de saber, que teoria e prática não se equivalem.

Esbarram-se, no entanto, no mesmo problema tal como a pena de morte, em que muitos condenados são inocentes e, ainda, no retrocesso que representaria voltarmos à representação da inquisição, onde foram considerados inimigos quem não atendia aos ditames do Estado e da Igreja, e do Holocausto, em que uma nação foi considerada o inimigo e, independentemente de seus atos, os nascidos judeus eram condenados ao ultraje e à morte.

Portanto, Jakobs sustenta também que mais vale legalizar o que já vem sendo feito silente e implicitamente. No entanto, o mundo caminha para frente, a evolução e a liberdade são a nossa meta e voltarmos a um esquema que lembra-nos fatos históricos terríveis contra o ser humano; pensando podermos arcar com as responsabilidades e atribuições que esta teoria traz; agindo orgulhosamente, como governos e personalidades veem fazendo em seus países e dos quais sabemos o resultado, conhecemos a dor e todos os sofrimentos causados; não nos parece sensato, alguém duvidar que os executores do Direito Penal do Inimigo iriam extrapolar suas funções e prerrogativas dentro de uma teoria que já nasce atentando contra os direitos alcançados ao longo de décadas.

Há outros instrumentos dentro das ciências e do Direito que se bem utilizados podem transformar este panorama que nos apresenta, um deles é a Criminologia, poderíamos, ainda, como Jakobs, buscar a sabedoria nos ensinamentos dos grandes filósofos. E ainda nos Mestres de várias religiões, nos grandes estadistas, escritores e almas simples e bondosas que deixaram seu exemplo de Amor e Fraternidade.

2. BREVES PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Procura-se fazer referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio - Direito penal do cidadão - se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros. O Direito penal do inimigo, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal.

Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.

Em outras palavras, deve limitar-se, previamente, que a denominação "Direito penal do inimigo" não pretende ser sempre pejorativa. Certamente, um Direito penal do inimigo é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes. Ademais, um Direito penal do inimigo implica um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva.

Feitas estas reflexões prévias, parte-se de um conceito intermediário, ou seja, com a pena. A pena é coação - aqui só será abordada de maneira setorial - de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato, fato que como ato de uma pessoa racional, significando uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo que é irrelevante segundo o autor, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.

Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica[1], e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade. É possível pensar que é improvável que a pena privativa de liberdade se converta na reação habitual frente a fatos de certa gravidade se ela não contivesse este efeito de segurança.

Pode-se vislumbrar na discussão científica da atualidade a respeito deste problema é pouco, com tendência ao nada. É que não se pode esperar nada daqueles que buscam razão em todas as partes, garantindo-se a si mesmo que a tem diretamente e proclamando-a sempre em tom altivo, ao invés de dar-se o trabalho de configurar sua subjetividade examinando aquilo que é e pode ser.

2.1 ARCABOUÇOS FILOSÓFICOS DO "DIREITO"

Denomina-se "Direito" o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres ao passo que a relação com o inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito penal.

Em consequência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo. Tal argumentação em absoluto é nova, mas conta com destacados precursores filosóficos.

A consequência diz assim: "ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão". De modo similar, argumenta Fichte: "quem abandona o contrato cidadão com um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos".

Com férrea coerência, Fichte prossegue afirmando que a falta de personalidade, a execução do criminoso "não é uma pena, mas só instrumento de segurança". Não é oportuno entrar em detalhes, pois já com este breve esboço é possível pensar que se mostrou que o *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder.

[1] A respeito, vid. JAKOBS, Norn,. Perso'i, Cenllscliaft, 2.ed. 19W, p 93.

Seguindo a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata, em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o. criminoso, e isso por urna dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é também um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão junto a qual aparece em igualdade de direito. A submissão por meio da violência não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os futuros cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organizacão, de maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua "função de cidadão".

O cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: "pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos" [2].

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de *per si*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição. Kant quem faz uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.

Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem "me ameaça... constantemente", quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente.

Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa.

[2] HOBBES, Thomas. *Leviatã.* São Paulo: Martin Claret, 2006.

O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido.

Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.

De acordo com o funcionalismo de Jakobs, normativismo sistêmico, pessoa é o destinatário de expectativas normativas, titular de deveres e, "enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social". (JAKOBS, 2003c, p. 20)

O autor pretende distinguir o conceito de pessoa do de ser humano. Este é resultado de processos naturais, aquela é produto social, um produto que constitui uma unidade ideal de direitos e deveres os quais são administrados por meio de um corpo e uma consciência.

Além disso, "ser pessoa significa ter de representar um papel" (JAKOBS, 2003, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50). Cada pessoa na sociedade, como titular de direitos e deveres – cidadão –, desempenha uma função social representada em um papel: pessoa é a representação de uma competência socialmente compreensível. (JAKOBS, 2003d, p. 30 e JAKOBS, 2000, p. 50).

Essa concepção de pessoa vai informar conceitos jurídico-penais (imputação objetiva, autor, partícipe), inclusive para efeito de responsabilizar ou não alguém por um fato criminoso. Assim, por exemplo, o próprio autor afirma que, em uma economia com grande divisão de trabalho, não é papel do vendedor de um produto cuidar para que o comprador não o utilize para praticar crimes. Não é papel do vendedor da arma impedir que o comprador a empregue em um roubo, com o que quem vende não pode ser punido. A expectativa normativa em relação ao vendedor é de que ele venda os produtos e, assim, cumpra seu papel (função social).

Para Jakobs (2003) "delito é comunicação defeituosa". O crime é um fato e, como tal, portador de um significado. O crime significa a desautorização da norma, significa um ataque à vigência da norma. Desse modo, quando uma pessoa pratica um crime, ela comunica um fato que significa violação da norma jurídico-penal. Mas as normas não podem ser violadas, desautorizadas, atacadas, na medida em que constituem a sociedade: não há sociedade possível sem normas. Nesse sentido, afirma o autor: "a partir da perspectiva de que partimos, o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade". (JAKOBS, 2003d, p. 1)

A partir dessa noção de crime, como um fato que significa ataque à norma, Jakobs (2008) chega à sua noção de pena, um fato que significa a negação do ataque à norma:

> A pena é coação (…). A coação é portadora de um significado, portadora de resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa. (JAKOBS, 2008, p. 22)

A ideia da pena como proteção da vigência da norma e, por onde, afirmação da norma, nos termos defendidos por Jakobs, muito se aproxima à clássica visão de Hegel. Para este filósofo, se o crime é a negação da ordem jurídica, então a pena deve ser a negação de tal negação: o crime nega o direito, e a pena, negando a negação, reafirma o direito. Embora haja entendimento, segundo o qual a ideia de Hegel (1770-1831) constitui uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de Jakobs, o próprio autor procura diferenciar a sua concepção da hegeliana.

Nesse sentido, considera que a tese de seu antecessor é uma irracional sequência de dois males (crime e pena), na medida em que a relação crime/pena é tomada de forma isolada. Para ser considerada racional, a relação de negação crime/pena deve basear-se na compreensão comunicativa do fato (fato crime e fato pena): uma comunicação que se produz entre crime – afirmação que contradiz a norma – e pena – resposta que confirma a norma, uma comunicação que torna possível o interacionismo simbólico entre crime e pena[3].

Essa relação circular entre crime e pena está na base do sistema jurídico penal de Jakobs que, como já podemos deduzir, é um funcionalismo que se baseia na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, por isso se trata de um funcionalismo sistêmico. O sistema de direito penal é, portanto, um sistema normativo fechado, autorreferente (autopoético)[4], em que a relação circular entre crime e pena – uma relação de significado – constitui sua engrenagem.

O direito penal de Jakobs vai recusar a generalizada função atribuída ao direito penal de proteção de bens jurídicos, para abraçar a função de proteção da norma jurídica (precisamente a norma jurídico-penal). E assim tem pronunciado em diversos trabalhos: "o

[3] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 22.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77, v. 1.

direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos". (JAKOBS, 2004b, p. 19).

Como a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, isto é, se as normas determinam a identidade da sociedade, garantir a vigência da norma permite garantir a própria identidade social: o direito penal confirma a identidade social. Nesse quadro de proteção da norma e afirmação da identidade social, a sanção penal previne a erosão da configuração normativa real da sociedade, normativismo sistêmico.

A proteção da norma como função da pena revela a afinidade de Jakobs com a teoria da prevenção geral positiva. Tal aporte teórico tem lhe rendido críticas importantes, tal como a do também alemão Schünemann: "Quando Jakobs define a pena como reação levada a cabo a expensas do autor pela violação da norma, com o fim de exercitar na população a confiança no Direito, não pode assim explicar nem a necessidade da pena nem sua legitimação frente ao afetado" (SCHÜNEMANN, 1997, p. 92). De todo modo, Jakobs é categórico, a pena deve representar uma aprendizagem coletiva e generalizada de fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural: "por conseguinte, a pena significa uma contradição do significado do fato, e a dor da pena deve produzir prevenção geral positiva".

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

No entanto, Jakobs não prevê a função preventiva geral positiva da pena para todos os fatos ocorridos no interior do sistema jurídico-penal. Em outros termos, nem sempre a sanção penal desempenhará a função de proteger a vigência da norma (prevenção geral positiva), pois, em determinadas situações, ela deverá assumir outra feição: a eliminação de um perigo (prevenção especial negativa). Chegamos ao direito penal do inimigo. Mas quem são os inimigos? Quem é essa pessoa que deve ser tratada como inimigo? Com a palavra, Jakobs (2004):

> El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual[...]) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, [...]), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta. (JAKOBS, 2004a, p. 45)

Nesse sentido, "O inimigo é um indivíduo que abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta". (JAKOBS, 2003a, p. 57)

Jakobs sugere que quem pretende ver-se tratado como pessoa, deve demonstrar que vai se comportar como pessoa. Se não dá essa demonstração expressa, o direito penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o inimigo.

É importante lembrar o que, para Jakobs, significa ser pessoa: significa desempenhar um papel, cumprir suas expectativas normativas. A concepção antropológica de ser humano como pessoa que representa um papel – exercício de uma função dentro do sistema – vai ser o ponto de referência do direito penal. Se o sujeito não representa seu papel e, ao revés, passa a praticar crimes (fato que significa ataque à norma) de forma reiterada, então ele abandona o direito, abandona sua condição de pessoa, de cidadão, e assume a condição de opositor da ordem jurídica, de adversário, inimigo.

Isso porque quem pratica crimes de forma habitual, reiterada, não está produzindo meras perturbações socialmente internas (no sistema social, jurídico) senão colocando em risco a própria manutenção do sistema. O autor faz afirmação contundente:

> A pessoa no Direito, isto é, a titular de deveres e direitos, só pode ser tratada como pessoa na medida em que no fundamental se conduza de maneira conforme a norma; se se comporta permanentemente como um diabo, se converte em um inimigo, vale dizer, em uma não pessoa. (JAKOBS, 2003c, p. 54)

Não se trata mais de punir uma pessoa, trata-se de punir uma não pessoa, e essa não pessoa é o inimigo. Por tal razão, Jakobs produz uma distinção entre um direito penal do cidadão (pessoa) e um direito penal do inimigo (não pessoa). Seriam dois tipos ideais que dificilmente apareceriam na realidade de modo puro, sendo certo que no direito penal do cidadão existiriam elementos do direito penal do inimigo, bem como no direito penal do inimigo existiriam elementos do direito penal do cidadão.

Jakobs fez referência ao direito penal do inimigo pela primeira vez em 1985, demonstrando sua preocupação com o avanço de elementos do direito penal do inimigo no direito penal do cidadão. Como o direito penal do inimigo "só pode ser legitimado como um direito penal de emergência que vige excepcionalmente, os preceitos a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal dos cidadãos" (JAKOBS, 2003b, p. 143). Isto porque, "em princípio, nem todo delinquente é um adversário do ordenamento

jurídico. (…) Por isso, a introdução de um cúmulo de linhas e fragmentos de direito penal do inimigo no direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito". (JAKOBS, 2008, p. 43)

Nesse contexto, o alemão vislumbra, de um lado, um direito penal dirigido aos cidadãos, à pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma; por outro lado, um direito penal dirigido aos inimigos, à não pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de eliminar um perigo.

Assim, o primeiro teria como objeto os crimes praticados de forma incidental, ou seja, os que abrangem fatos isolados, contradições entre pessoa e norma jurídico-penal que existem de forma inevitável na vida em sociedade, mas que são episódicas. De outra parte, o segundo sistema toma por objeto os crimes perpetrados de forma habitual, isto é, abarcam práticas reiteradas vinculadas a organizações criminosas, associações terroristas, tráfico de entorpecentes, criminalidade econômica: realidades do mundo de hoje que devem ser combatidas de forma excepcional.

Para os inimigos do direito penal, Jakobs prevê[5]: antecipação do momento da punibilidade, mudando a perspectiva da punição do ato praticado (punibilidade a partir da tentativa) para a do ato que se vai praticar (punibilidade a partir dos atos preparatórios); aumento das penas previstas em abstrato; e, supressão de garantias materiais e processuais, como tornar o acusado incomunicável. Dessa forma:

> O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (JAKOBS, 2008, p. 37)

Com essa afirmação, podemos verificar os dois "direitos penais", sendo certo que, enquanto a pena para o cidadão visa à proteção da norma, à proteção da configuração normativa da sociedade, a pena para o inimigo visa à eliminação de um perigo. Com isso, Jakobs quer aplicar uma medida de segurança aos inimigos, e não uma pena, como forma de prevenção especial negativa, neutralizando assim o inimigo.

As medidas de segurança dirigem-se aos inimputáveis e obedecem ao critério da periculosidade do autor, ao contrário das penas, que observam a culpabilidade do autor (liberdade da vontade – poder agir de outro modo que não o criminoso – livre-arbítrio).

---

[5] JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, p. 56.

Como aparente forma de justificar a ideia de punir para eliminar um perigo, tratando um cidadão como não cidadão, uma pessoa como não pessoa, isto é, como um inimigo, Jakobs recorre a filósofos que estão na base do pensamento da modernidade: Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Assim, quer mostrar "que o status de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder" (JAKOBS, 2008, p. 26). Faz referência expressa ao inimigo em Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Assim, em Rousseau:

> (…) qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo. (ROSSEAU, 1973, p. 58)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir em linhas gerais que o conceito de direito penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito penal, pois não serve nem para justificar um determinado dispositivo, nem para descrevê-lo, nem para criticá-lo. Como conceito legitimador afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário.

A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional. Não se pode estranhar, portanto, que as distinções um tanto óbvias que aqui se realizam estejam sendo propostas tão tardiamente na discussão: o conceito de direito penal do inimigo não convida de modo algum à racionalidade. Por outro lado, impor coativamente sofrimento ou juízos de reproche pelo estado mostra-se necessária mais do que nunca uma atitude de objetividade, de sobriedade, de racionalidade.

Na verdade, poderia ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado Constitucional e Democrático de Direito[6].

De outro lado, quando não se reconhece o inimigo como pessoa, pouco importa se está vivo ou morto. Por conseguinte, a doutrina do Direito penal do inimigo, que parte da

---

[6] Nesse sentido crítico cf. ROSA, Fábio Bittencourt da, *Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo*, em <www.derechopenalonline.com/index.php?Criminologia>; LOPES, Cláudio Ribeiro. *O Direito penal de emergência, os microssistemas, o discurso pan-penalista e o caráter limitador do princípio penal da legalidade estrita*, em <www.ibccrim.org.br, 15.06.2005>; VERDE, Claudia e FISZER, Fernando. *Expansión y globalización del derecho penal*, In. *Temas de derecho penal econômico y responsabilidad de lãs personas jurídicas*. Zulita Fellini directora, Tomo I, Buenos Aires: 2004, p. 63.

premissa do "homem normativo", está fadada a produzir ou intensificar uma quantidade enorme de violência em todas as partes do mundo, onde vigora a combinação da ausência de tradição democrática com uma mídia e um legislador. Tal atitude não é de modo algum favorecida pelo direito penal do inimigo, em quaisquer de seus três significados. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo.

Em suma, o "Direito Penal do inimigo" se dirige à eliminação de um perigo, o que não exclui a possibilidade de que sejam excluídos aqueles que o Estado assim considere.

Nessa vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do *iter criminis*, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado como se espera.

Sendo assim, o Direito Penal do Inimigo caracteriza uma terceira velocidade do Direito Penal, na qual o "Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais".

Como o inimigo é uma não-pessoa, a qual o Estado visa combater e neutralizar, a ele não são previstos os direitos e garantias processuais a que os cidadãos têm direito. Dessa forma, o inimigo não pode ser tratado como sujeito processual, pois "com seus instintos e medos põem em perigo a tramitação ordenada do processo". Assim, ao inimigo não são previstos, no curso do processo, vários direitos permitidos ao cidadão, como o acesso aos autos do inquérito policial, o direito de solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios, de se comunicar com seu advogado. Além de que, são admitidas contra ele provas obtidas por meios ilícitos, como as escutas telefônicas, agentes infiltrados, investigações secretas, além de ter-se um avanço da prisão preventiva como regra, que é exceção num processo ordenado.

Contudo, o processo contra o inimigo não pode denominar-se "processo" e sim procedimento de guerra.

Conclui-se, portanto, que a antecipação dessa barreira punitiva não se presta a reduzir a pena, pois a proporcionalidade é incompatível com esse sistema e, por derradeiro, que as garantias processuais são afastadas; tudo isso em nome de um "Direito da sociedade".

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf.> Acesso em 08 de dez de 2014.

_____. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants. In. **New Criminal Law Review**. v. 11, n. 4, p. 529–562, 2008. Disponível em: <http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/GOMEZ-JARA_3.pdf>. Acesso, 10, dez. 2014. Disponível em:<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>. Acesso em: 8, Dez. 2014.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. In. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 7, dez. 2005.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther . **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003d.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiióo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

_____. **¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma?**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004b.

_____. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

_____. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 3. ed. Trad. de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

_____. **Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004a.

_____. **Fundamentos do direito penal**. Trad. de André Luis Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003b.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiióo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003c.

_____. **Sobre la teoria de la pena**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato Social. In. **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1973.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. In. *Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peñal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Política criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Política criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
WELZEL, Hans. **Estudios de filosofia del derecho y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAIM, Miguel Juarez Romeiro. **Direito Penal do Inimigo**. In. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. v.11, n.2, 2009. Disponível em: <http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/revjur23/article/view/128/114>. Acesso em, 11, Dez, 2014.

Data de recebimento: 16/12/2015

Data de aceitação: 19/02/2016

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL: PERSPECTIVAS, PROCEDIMENTOS, PROBLEMAS E PROPOSIÇÕES

FOREIGN ARBITRAL AWARD HOMOLOGATION IN BRAZIL: PERSPECTIVES, PROCEDURES, PROBLEMS AND PROPOSITIONS

MARCELO BIDOIA DOS SANTOS [1]

RESUMO

O presente projeto visa fazer uma explanação acerca da homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil, demonstrando seu procedimento e alguns problemas emergentes. Para tanto, parte-se da concepção do juízo arbitral feita através de um apanhado histórico, desde a Revolução Francesa até seu desenvolvimento no Brasil, iniciado com as primeiras constituições e aprofundado, já na vigência da Constituição Federal de 1988, com a adesão do país à Convenção de Nova York e a criação da Lei de Arbitragem Brasileira. A partir daí, o estudo se foca em demonstrar, por meio de uma metodologia crítica-analítica e utilizando-se de exemplos do direito comparado, da legislação e da jurisprudência nacional, o procedimento que rege a homologação da sentença arbitral estrangeira em solo brasileiro, as perspectivas doutrinárias que o embasam e, por fim, alguns problemas enfrentados nesses procedimentos – o caso da sentença arbitral estrangeira ainda não tornada obrigatória, o caso da sentença anulada no estrangeiro e o caso da sentença arbitral estrangeira oriunda de arbitragem obrigatória –, bem como as possíveis soluções respectivas àqueles casos.

Palavras Chave: sentença arbitral estrangeira; homologação; Brasil; procedimentos; problemas.

[1] Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Sertãozinho/SP – Rua Placito Sarti, 1499 – CEP 14160.140 - Telefone (16) 3442.5722 – e-mail marcelobidoiasantos@usp.br

ABSTRACT

This project aims to make an explanation about the recognition of a foreign arbitral award in Brazil, demonstrating its procedure and some emerging problems. Therefore, starting with the conception of arbitration made through a historical overview, from the French Revolution to its development in Brazil, started with the first constitutions and deepened, already in the presence of the Constitution of 1988, with the country's accession to the New York Convention and the creation of the Brazilian Arbitration Law. From there, the study focuses on demonstrating, by means of a critical-analytical methodology and using examples of comparative law, legislation and national case-law, the procedure governing the homologation of foreign arbitral award on Brazilian soil, doctrinal perspectives that underpin them and, finally, some problems faced in these procedures – the case of a foreign arbitral award made not mandatory, the case of the foreign judgment annulled abroad and the case of a foreign arbitral award arising out of binding arbitration –, as well as the possible solutions to those respective cases.

Keywords: foreign arbitral award; homologation; Brazil; procedures; problems

INTRODUÇÃO

O juízo arbitral tem raízes históricas antigas, mas pode-se delimitar como ponto de partida de seu estudo evolucionário o momento que data da era das revoluções, mais especificamente da Revolução Francesa de 1789. A partir desse momento, como bem se sabe, muita coisa iria se transformar, não só na França, mas no Ocidente como um todo. No que diz respeito à arbitragem, não foi muito diferente.

Havia nesse tempo, com a formação e a cristalização dos Estados, a necessidade de se unificar as diversas jurisdições existentes na Europa – fruto de um passado iniciado na tradição feudalista do medievo e de transformações renascentistas (com importante destaque às corporações de comércio) ainda recentes – sob a égide una e indivisível da figura moderna do Estado. [2] Nesse contexto, o instituto da arbitragem, como um método alternativo e privado

[2] "A Escola da Exegese erigiu o texto da lei como o único material para ser trabalhado sob o nome do direito. Porque uma vez escrita, a lei poderia ser entendida por todos, quanto difundida para todos os que a ela se encontravam submetida.

Essa combinação de meio de comunicação e meio de difusão instituída pela forma escrita da lei permitiu resolver também um problema histórico do Estado medieval, que era o problema da multijurisdicionalidade: havia tantas jurisdições quanto o número de classes, estamentos ou estratos sociais. Havia uma jurisdição para mercadores, outra para nobres, outra ainda para religiosos, para plebeus etc. Cada

de solução de controvérsias que ocupa o lugar da jurisdição estatal, não era – por motivos óbvios – bem quista.

Nesse desiderato, o momento que se seguiu foi de importância ímpar na história da sociedade (e do direito) ocidental. Com Napoleão Bonaparte o mundo do direito experimentou o movimento da codificação que – organizando de vez sob o priorado do Estado o poder de resolução das controvérsias – intensificou a burocracia (e quase a negativa) para a admissibilidade do juízo arbitral. Posteriormente, a arbitragem (e o direito, que acompanha as mudanças sociais)[3] experimentaria uma reviravolta a partir do século XX, voltando a ser concebida e (ainda) mais utilizada como procedimento de resolução de controvérsias alternativo a solução jurisdicional estatal, sem embargo o preconceito que iria (até hoje) enfrentar, como resultado daquele pretérito de desconfiança, ainda tão presente.

Diante desse contexto, um passo muito importante seria dado em 1958, com a assinatura do Tratado de Nova York, que regulamentou o reconhecimento (pelos países signatários) da sentença arbitral internacional, propiciando maior segurança, dispersão e efetividade aos procedimentos arbitrais realizados. No Brasil, o referido tratado seria ratificado e entraria em vigor no ano de 2002, alterando algumas de nossas perspectivas acerca do tratamento do juízo arbitral em território pátrio.

---

estrato social tinha uma jurisdição correspondente. E isso acontecia exatamente porque não havia relações jurídicas significativas entre estratos sociais distintos. Nobres não realizavam contratos com plebeus e vice-versa. As relações eram de dominação, exploração e submissão. E do mesmo modo que cada estrato social possuía a sua própria jurisdição, também havia um direito costumeiro fragmentado, de índole jusnaturalista, com tantos costumes quanto o número de estratos sociais.

Cada estrato social possuía tanto o seu próprio direito costumeiro quanto uma jurisdição correspondente. E isso representava um problema para a pretensão de governo de um território ou de uma nação por um Estado. Um poder central de controle e direção daquela forma de sociedade estratificada exigia, como condição de possibilidade, a unificação da jurisdição e também do direito. Quer dizer, a pretensão do Estado de governar um território multijurisdicionalizado, onde o direito se encontrava fragmentado na forma de múltiplos direitos costumeiros, de índole jusnaturalista, exigia um instrumento capaz de unificar tanto as múltiplas jurisdições quanto os fragmentados direitos costumeiros de cada estrato social.". (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea – Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. pp. 32-33).

[3] "Este modo de enfocar la pregunta puede dar lugar a la sospecha de que algo há ido mal desde el comienzo mismo de la investigación. Parece presuponer algo que es obviamente falso. Presupone que el derecho tiene – es más, que tiene que tener – una naturaleza no cambiante. ¿Pero no es eso um error? Seguramente – continua la objeción – la naturaleza del derecho cambia. Piénsese em el derecho y en las culturas jurídicas del Imperio Romano, de los países europeos durante el feudalismo, o em la era del absolutismo. <<Derecho>> tuvo diferentes significados durante estos diferentes períodos, y la noción moderna occidental de derecho difiere de todos ellos. Lo que era essencial para el derecho de un período estuvo ausente en el derecho de outro período. Una teoria del derecho que pasa por alto estos hechos no puede ser una buena teoria." (RAZ, Joseph. ¿PUEDE HABER UNA TEORÍA DEL DERECHO?. In*: Una discusión sobre la teoria del derecho*. RAZ, J; ALEXY, R. BULIGYN, E. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007. pp. 57-58).

1. ARBITRAGEM NO BRASIL

O juízo arbitral já é conhecido em terras brasileiras de longa data. Em mais de uma vez o Estado brasileiro recorreu ao procedimento arbitral para a resolução de controvérsias diplomáticas, como na Questão Christie,[4] nos tempos do Império; e na Questão do Pirara,[5] já na República – esta última determinou a formação das fronteiras Brasil-Guiana.

No que diz respeito ao instituto da arbitragem perante os particulares, já em 1824, a Constituição Política do Império do Brazil previa, em seu Art. 160, a possibilidade da utilização do juízo arbitral. A Carta Republicana, de 1895 (que pôs fim a República da Espada, inaugurando a República Oligárquica), não previa o referido procedimento.

A Carta de 1934 voltaria a contemplar a figura da arbitragem, mas sua conseguinte, a Constituição de 1937, não o faria – e o mesmo se daria com a Constituição de 1946 e a de 1967, esta última já sob o período do governo militar.

Findo o período ditatorial brasileiro e com a reabertura democrática do país, a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou uma nova fase na vida política do país. A nova Carta, também chamada de "Constituição Cidadã",[6] voltou a contemplar a possiblidade da utilização do juízo arbitral, fazendo menção direta ao instituto em seu Art. 114, § 1º e 2º - relativo a procedimentos trabalhistas.

---

[4] A Questão Christie diz respeito à uma série de incidentes envolvendo o governo Imperial brasileiro do Segundo Reinado e a o governo britânico, à época de 1860. Assim é chamada devido à atuação do embaixador britânico no Brasil, William Douglas Christie. Após a apreensão de navios mercantes brasileiros pela marinha armada inglesa, o conflito se intensificou. A questão foi submetida à arbitragem internacional, tendo como árbitro o rei Leopoldo I da Bélgica. A sentença arbitral, de 18 de julho de 1863 foi favorável ao Brasil, que já havia adiantado alguns valores aos ingleses como medida prévia. "Os ingleses se recusaram a devolver o valor, declarando apenas que "*não se teve a intenção de ofender o Brasil*". Com isso determinou o Imperador a retirada da delegação brasileira de Londres, com todo o pessoal. Estavam rompidas as relações diplomáticas entre os dois governos. Que só voltariam a se restabelecer em 1865, por mediação do Rei de Portugal." (ALMEIDA, João Daniel de. *Manual do Candidato – História do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. p. 232).

[5] A Questão do Pirara, que envolveu a disputa de terras onde hoje se localiza a Guiana, entre brasileiros e britânicos, foi submetida ao procedimento de arbitragem de direitos, entregue ao rei da Itália, Vittorio Emanuel III, e teve como defensor do lado brasileiro, Joaquim Nabuco. O laudo, que saiu em 1904, acabou por reconhecer a maior extensão do território em disputa, como pertencente aos britânicos, dividindo a região em duas partes: um território medindo 13.570 Km², como sendo terras brasileiras, e outro medindo 19.630 Km² que ficou com os britânicos. (OLIVEIRA, Reginaldo Gomes de; MAGALHÃES, Maria das Graças Dias. *Questão do Pirara: Roraima*. In: Textos e Debates – Revista de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Roraima. v. 1. n. 14, ISSN: 1413-9987. Ano de 2008, pp. 113-114).

[6] "Um Estado autoritário e centralizador terá a tendência de sufocar a arbitragem, reservando o exercício da função jurisdicional unicamente aos juízes públicos, ao passo que um Estado democrático e pluralista permitirá a participação dos cidadãos na justiça." (BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro.* In: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 43. Ano de 2014, p. 71).

Em 1996, o país deu o segundo grande passo para o crescimento do instituto: foi sancionada e entrou em vigor a Lei nº 9.307 que passou a regulamentar o procedimento da arbitragem no Brasil. A Lei de Arbitragem brasileira (LAB) foi inspirada em convenções internacionais como a de Nova York e a Lei Modelo da UNCINTRAL (United Nations Commition on International Trade), incorporando à letra da lei, princípios de ordem internacional com o intuito de alcançar uma maior integração global, e de adequar-se à padrões externos – como se nota pela redação dos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/96 – os quais praticamente se igualam ao disposto nos artigos IV e V da Convenção de Nova York.

Foi a partir daí que tivemos uma maior preocupação do legislador brasileiro em reconhecer, regulamentar e desenvolver a arbitragem em território nacional. Em 1996 foi promulgada a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá (de 1975); e em 1997, a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevidéu (de 1979). Contudo, foi somente em 05 de Setembro de 2002, com o Decreto N.º 4.311, que o país promulgou a Convenção de Nova York – considerada a mais importante no âmbito do Direito Arbitral Internacional, ratificada por mais de 130 países.

A referida convenção trata, principalmente, sobre: a) o reconhecimento dos contratos por escrito de arbitragem internacional; b) a recusa quanto à permissão de uma disputa litigiosa entre as partes quando tal discussão é sujeita à um contrato arbitral, e; c) o reconhecimento e execução das decisões arbitrais proferidas em território distinto daquele que se busca o reconhecimento e execução das mencionadas decisões. Seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro mostra sua importância não só pelo seu conteúdo, que em muito já havia sido incorporado pela LAB, mas pela maior segurança que conferiu ao instituto no Brasil.

Posteriormente, em 2009, o Brasil promulgaria um acordo ratificado no âmbito do Mercosul - Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile; e, em 2015, seria aprovada a mais nova alteração legal, entrando em vigor, a Lei n. 13.129, que modificou o instituto.

Por último, cita-se, apenas por referência, a aprovação, no mesmo ano de 2015, da Lei n. 13.105, que institui o Novo Código de Processo Civil, (em vigor a partir de 2016) e que dispõe

novamente sobre o instituto da arbitragem no Brasil – *v.g.* logo em seu início, no Art. 3º, § 1º, tem-se: "É permitida a arbitragem, na forma da lei.".

Assim, uma vez realizado esse breve retrospecto acerca do juízo arbitral, e de seu desenvolvimento em território nacional, voltemos ao ponto principal do presente trabalho, qual seja a análise referente à homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil, partindo das perspectivas iniciais, percorrendo os procedimentos padrões, expondo alguns problemas que podem surgir e propondo algumas soluções segundo as noções da doutrina, nacional e internacional.

2. A SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

A sentença (ou laudo) arbitral, apesar de não ser proferida por órgão jurisdicional estatal, é equiparável à sentença judicial. Como leciona Carlos Alberto Carmona: "a sentença arbitral, da mesma forma que a sentença proferida pelos órgãos jurisdicionais estatais, é o ato através do qual o julgador põe fim ao processo.". [7]

Não se vislumbra muitos problemas quando uma sentença arbitral é, por exemplo, proferida em câmara arbitral com sede no brasil, resolvendo conflito interno e com execução também em território pátrio. Todavia, quando se trata de sentença arbitral estrangeira, proferida fora do país, mas com intenção de ser executada dentro do Brasil, aí, diferentes questões se impõem. As principais delas dizem respeito sobre a concepção de arbitragem internacional,[8]- e qual o ordenamento jurídico aplicável - e os critérios adotados para eleição de nacionalidade.

Em primeiro lugar, quanto ao entendimento acerca da arbitragem internacional, o modelo dualista (adotado, p. ex., por Portugal, França e Suíça) é aquele que prevê regras específicas e diferenciadas para a arbitragem internacional em relação àquela arbitragem interna ou doméstica; outros ordenamentos, por outro lado, preveem um diploma jurídico unitário para o instituto (modelo monista) – adotado no Brasil pela LAB e por países como

[7] CARMONA, C. A. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n. 9.307/96*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004. p. 278.

[8] Basicamente, a expressão possui um significo amplo, englobando os conceitos de arbitragem internacional pública e privada. Na primeira estão envolvidos Estados e Organizações Internacionais, aplicando-se as regras do Direito Internacional Público. Na segunda, as partes serão entes de direito privado, regidos por diversas fontes de direito. (COSTA, José Augusto Fontora. *Sobre Corvos e Ornitorrincos: Arbitragem estrangeira e Internacional no Direito Brasileiro*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. n.29, 2011. p. 60 e ss.).

Alemanha e Bélgica –, e, por último, existe o modelo misto, também chamado de "monista internacionalizante", em vigor em países como Itália e Espanha, que contempla apenas uma ou poucas regras especiais para as arbitragens internacionais. [9]

O modelo monista, adotado pelo Brasil, traz a grande vantagem de dispensar qualquer discussão acerca de critério que venha a classificar a arbitragem como interna ou internacional (o que pode ser deveras complicado), uma vez que utiliza um único diploma legal para regular o instituto, qualquer que seja sua classificação.

Nessa esteira, o segundo problema a ser enfrentado diz respeito ao critério elencado para a definição da concepção do elemento internacional. Na França, *e.g.*, o critério eleito foi o econômico, disposto no Art. 1504, do *Code de Procédure Civile*. "É internacional aquela arbitragem que põe em jogo os interesses do comércio internacional".[10] A Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária n. 63/2011, reproduz em seu Art. 49, o mesmo teor daquele artigo francês. [11] Por outro lado, a Suíça acolheu o critério jurídico, exposto em seu Art. 176, n.1º, da Lei de Direito Internacional Privado, de 1987, segundo o qual a arbitragem é internacional "se, pelo menos, uma das partes não tinha, no momento da conclusão da convenção de arbitragem, nem domicílio, nem residência habitual na Suíça". [12]

O Brasil, por sua vez, adotou, assim como a Espanha, o chamado critério geográfico, baseado no lugar da prolação da sentença. Assim, é nacional a sentença proferida no âmbito do território nacional desses países, enquanto será considerada estrangeira aquela emitida no exterior (parágrafo único, art. 34, da LAB). O critério mais convencional, porém, é o da sede da arbitragem, segundo o qual a nacionalidade da sentença será aquela correspondente à nacionalidade do território cuja sede da arbitragem está fixada – como ocorre, por exemplo na Alemanha, Itália e Reino Unido. [13]

Destarte, um terceiro e último ponto a ser citado, mas sem grandes delongas, é a ocorrência da chamada sentença plurinacional: aquela que é admitida como sendo nacional por mais de um país – como exemplo, poderíamos imaginar a ocorrência de uma sentença arbitral prolatado no Brasil, por um árbitro pertencente à uma câmara cuja sede é em Londres.

---

[9] BONATO, Giovanni. Op. Cit. pp. 78 e ss.
[10] "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.". [Tradução Livre] Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 18/12/2015.
[11] Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis>. Acesso em: 18/12/2015.
[12] BONATO, Giovanni. Op. Cit. p. 83
[13] Idem, p. 88

Sua vantagem, basicamente, encontra-se no fato de que na maioria dos ordenamentos uma sentença nacional não fica sujeita à homologação. Por outro lado, como desvantagem, abre-se a possibilidade de impugnação perante todos os países que venham a classifica-la como sendo nacional. [14]

Por fim, a arbitragem estrangeira contrapõe-se à nacional (classificação que engloba a arbitragem doméstica ou internacional) na medida em que essa tem que respeitar os princípios fundamentais do Estado-sede e as sentenças proferidas serão impugnáveis perante os juízes daquele país. Por outro lado a arbitragem estrangeira qualifica-se como aquela que não tem ligação direta com o território do país em que a sentença vier a ser reconhecida e executada.

Doravante, passaremos ao estudo da homologação da sentença arbitral estrangeira no Brasil.

3. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO BRASIL

3.1 PERSPECTIVAS E PROCEDIMENTOS

O procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira é composto por duas fases: a) o reconhecimento do laudo arbitral; e em seguida, b) sua execução. Não por menos, tal procedimento encontra-se regulado no Capítulo VI, da Lei de Arbitragem Brasileira, denominado "Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", dispostos nos artigos 34 a 40.

O artigo inaugural é bastante significativo. Enquanto seu parágrafo único elenca o critério de classificação (geográfico) da sentença arbitral estrangeira – "Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional." – o *caput* dispõe sobre seu tratamento, priorizando os tratados internacionais em detrimento do ordenamento pátrio: "Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.".

[14] Para maiores aprofundamentos a respeito do tema, *vide*: RICCI, Edoardo Flávio. *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões Polêmicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 217-238.

A respeito de seu conteúdo, Francisco José Cahali tece interessante comentário, chamando a LAB de tradicional e inovadora: "Tradicional, porque condiciona a eficácia da sentença estrangeira no Brasil ao processo homologatório; e inovador, porque estabelece uma prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação interna da matéria.". [15]

Prosseguindo. A primeira fase do procedimento, que culminará na homologação, consiste no reconhecimento da sentença arbitral estrangeira – também chamada de juízo de admissibilidade ou de delibação. Nesse momento, caberá ao órgão jurisdicional brasileiro tomar ciência da existência de uma sentença arbitral e, verificados seus quesitos legais, declarar-lhe a validade em território nacional, atribuindo à decisão caráter constitutivo. Desse modo, a homologação da sentença arbitral estrangeira, tomando-a como válida, irá conferir-lhe força e efeito executivo, reconhecendo juridicamente a existência de uma obrigação. Desse modo, a sentença arbitral estará apta a ser executada, em momento posterior, imbuída de eficácia legal relativa aos títulos executivos judicias. Não por menos, tal hipótese encontra-se prevista no Art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil Brasileiro; e igualmente, no Art. 515, inciso VII, do Novo Código de Processo Civil, sancionado sob a lei de nº 13.105/2015. [16]

Questão pertinente diz respeito ao órgão competente para tal reconhecimento. Antes, vigorava o comando que incumbia ao Supremo Tribunal Federal (STF) a tarefa de realizar o referido procedimento. Com a introdução da Emenda Constitucional n. 45, porém, tal competência passou para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a alteração realizada no Art. 105, I, i), da Constituição Federal (CF). [17] Com a mudança constitucional, ficou defasado o Art 35. da LAB que previa a competência inicial do STF para o feito. Por isso, recentemente, foi editada a Lei. 13.129/2015 que, dentre outras inovações quanto ao instituto da arbitragem, concertou aquele comando legal, adaptando-o a nova realidade constitucional, que assim ficou: "Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.".

Assim, não há mais dúvidas quanto a competência correta para a realização do procedimento homologatório. O artigo seguinte possui o seguinte texto: "Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que

---

[15] CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 364.
[16] Art. 475-N, CPC: São Títulos Executivos Judiciais: [...] IV – a sentença arbitral. De igual modo, o novo Código de Processo Civil, de 2015, dispõe: Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral.
[17] Art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – Processar e Julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.

couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.". Vejamos, então, do que trata os referidos comandos:

> CAPÍTULO III
>
> DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA
>
> Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
>
> Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

Como se vê, o Art. 483 do, CPC, já não tem mais lugar, vide a supra explanação acerca da transferência de competência do âmbito do STF para o STJ. Quanto ao artigo seguinte, este deverá ser aplicado no que for compatível com a LAB.

Superada a questão relativa à competência do órgão a quem incumbe a condução do processo homologatório, passemos a análise dos alguns requisitos procedimentais formais. O art. 37, da LAB dispõe que:

> Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:
>
> I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;
>
> II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Além da petição inicial devidamente preenchida com os requisitos de praxe exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário a sentença arbitral autenticada e devidamente traduzida, bem como a convenção que deu origem àquela sentença. Tais formalidades dispensam maiores explicações. Ainda, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça editou, em maio de 2005, a Resolução N.º 9, regulamentando o procedimento a ser enfrentado em um documento de 15 artigos. Dentre estes, abordaremos os principais:

3.1.1 A Resolução Nº 9, de 2005, do STJ

A referida resolução, [18] em seu Art. 2º, atribui ao presidente do STJ o dever de homologar as sentenças arbitrais estrangeiras. O Art. 3º, meramente reproduz o Art. 37 da LAB. Já o Art. 4º da Resolução informa, consoante o Art. 35 da LAB, que a sentença estrangeira não terá eficácia sem a prévia homologação pelo STJ ou seu presidente. E continua, de forma interessante, dispondo em seus parágrafos que: "§1º Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença." No §2, admite a possibilidade de homologação parcial e; no §3 a possibilidade de tutela de urgência.

O Art. 5º por sua vez, elenca os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira, sem os quais deverão ser os pedidos rechaçados. Quais sejam:

> Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:
>
> I - haver sido proferida por autoridade competente;
>
> II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia.;
>
> III - ter transitado em julgado; e
>
> IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

O Art. 6º repete o Art. 39, II, da LAB, bem como remete ao o Art. 2ª, §1 também da mesma lei. O Art. 8º dispõe que a parte interessada será citada, e seu prazo para contestar o pedido de homologação é de 15 (quinze) dias. O artigo seguinte, o 9º, é de grande importância, uma vez que dispõe que a "a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução.". O §1º, dispõe ainda que: "Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo."; e o §3º informa que sendo revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial.

O Art. 10º determina vistas ao Ministério Público nos procedimentos homologatórios, concedendo-lhe a faculdade de impugnação. O Art. 11 autoriza, das decisões do Presidente, a

[18] O texto completo pode ser visualizado online. Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html>. Acesso em: <21/12/2015>.

interposição de agravo regimental. Por fim, o Art. 12 da Resolução em comento impõe que: "A sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença, no Juízo Federal competente.", determinando, então o foro de execução da referida sentença homologada.

Uma vez avaliados os procedimentos que instruem inicialmente o processo homologatório, as perspectivas adotadas pela Lei de Arbitragem Brasileira e os procedimentos existentes, com seus requisitos formais e indispensáveis, passaremos a análise do que deverá ser considerado pelo STJ no momento julgamento dos pedidos homologatórios de sentença arbitral estrangeira, dando continuidade na análise dos artigos seguintes da LAB, e apresentando os problemas que podem aparecer quando dessa decisão, mormente no que tange as decisões que negarem provimento à homologação. Por último, demonstrar-se-á algumas proposições acerca das possíveis soluções que podem ser encontradas e/ou adotadas para a resolução dos problemas apresentados.

3.2 PROBLEMAS E PROPOSIÇÕES

O Art. 38 da LAB elenca os casos em que haverá a negativa de homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, a ver:

> Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:
>
> I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
>
> II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
>
> III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
>
> IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
>
> V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;
>
> VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Pela própria leitura do referido artigo, pode-se, sem grandes problemas, concluir que ao Judiciário não cabe a análise de mérito da sentença arbitral estrangeira, mas apenas o julgamento quanto aos vícios formais. A exceção vem do comando legal seguinte, quando dos casos em que houver a constatação de que, segundo a lei brasileira, o litígio não poderia ter sido submetido à arbitragem; ou quando se verificar hipótese de ofensa à ordem pública nacional (art. 39, I e II, respectivamente da Lei de Arbitragem) – em complemento, o parágrafo único do mesmo artigo dispõe o que não será considerada ofensa à ordem pública nacional.

A respeito desse entendimento, quanto ao juízo que deverá ser realizado pelo Superior Tribunal de Justiça no processo homologatório, a corte já se pronunciou em mais de uma ocasião. Nesse linha, destacamos os recentes julgados:

> EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. JUÍZO DE DELIBAÇÃO.
>
> 1. Sentença arbitral estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que observa os pressupostos legais indispensáveis ao deferimento do pleito deve ser homologada.
>
> 2. O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos requisitos formais. Questões de mérito não podem ser examinadas pelo STJ em juízo de delibação, pois ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, caput, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005.
>
> 3. A citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória, pois as cortes arbitrais são órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência.
>
> 4. Sentença estrangeira homologada. (STJ, SEC 8847/EX, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.11.2013)

E ainda:

> EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO DO PEDIDO.
>
> 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução n.º 9/2005/STJ: (i) prolação por autoridade competente; (ii) devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) trânsito em julgado; (iv) chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública.
>
> 2. Na situação específica de homologação de sentença arbitral estrangeira, a cognição judicial, a despeito de manter-se limitada à análise do preenchimento daqueles requisitos formais, inclui a apreciação das exigências dos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.037/1996.

> 3. Em linhas gerais, eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena, salvo se atinentes à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e/ou aos bons costumes (art. 17, LINDB), são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória.
>
> 4. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido." (STJ, SEC 6761/EX, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.10.2013)

Assim, reitera-se, os vícios formais que podem levar a negativa de homologação são aqueles expressamente previstos no Art. 38, bem como a não apresentação dos documentos essenciais exigidos pelo Art. 37 e/ou da Resolução N 9º, de 2005 do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, apenas caberá a análise, como bem asseverou a Min. Nancy Andrighi, "quanto à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou os bons costumes". Lembra-se ainda, por oportuno, que o fundamento quanto aos bons costumes está contido no Art. 2º, § 1º, da LAB: **"**Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.".

Lembramos ainda, em complemento, que o Art. 38 expõe situações que deverão ser demonstradas pelo réu, em quanto o Art. 39 fala em constatação pelo STJ, *i.e.* situações que podem ser reconhecidas de ofício pelo egrégio tribunal de justiça.

Por último, o Art. 40, da Lei de Arbitragem Brasileira, autoriza que novamente se intente a homologação quando essa for denegada por motivo de vícios formais, uma vez que estejam sanados os referidos vícios.

Dentre alguns problemas que já foram ou podem vir a ser vivenciados, parece-nos importante, no contexto do presente trabalho, focar algumas questões específicas. Vamos a elas.

3.2.1 A sentença arbitral ainda não tornada obrigatória e a sentença anulada

O primeiro problema diz respeito à sentença arbitral ainda não tornada obrigatória pelas partes. Em determinado problema, surge a questão: é possível o reconhecimento e a homologação de sentença arbitral estrangeira que ainda não tenha transitado em julgado, devido a interposição de recurso pelas partes, no país em que foi prolatada a sentença, com a intenção de anular a referida sentença? O art. 38, VII, da LAB parece nos dar a resposta, pois

prevê a negativa de homologação à sentença arbitral que ainda não se tenha tornado obrigatória para as partes. Ora, uma sentença que não transitou em julgado, não se tornou obrigatória! De qualquer modo, aqui, parece prudente tomar emprestado a resposta de Luiz Olavo Baptista à pergunta formulada:

> *Não*. Para que uma sentença seja possível de homologação, ela deve ter se tornado obrigatória para as partes. Uma sentença que está pendente de recurso não tem força de coisa julgada. Seria uma afronta ao princípio de economia processual e de segurança jurídica que uma sentença ainda não obrigatória para as partes fosse homologada no Brasil. Se a sentença for, posteriormente, anulada em seu país de origem, entrar-se-ia com um novo processo para homologar a decisão conflitante com a anterior, no sentido de anular a decisão inicialmente homologada. Tudo isso congestionaria, de forma inútil, o Superior Tribunal de Justiça, já assoberbado de processos. [19]

Outro caso interessante diz respeito à possibilidade de admissão para reconhecimento e execução, pela corte homologatória, da sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada pelo judiciário no país em que fora prolatada. Segundo a leitura do Art. 38, VII, da LAB, o ordenamento brasileiro parece não admitir essa possibilidade. Aliás, esse parece ser o entendimento majoritário da doutrina brasileira. [20]

Sem embargo, a doutrina e a jurisprudência internacional, mormente a francesa, passaram a admitir, já desde os anos 80, a possiblidade de uma sentença arbitral ser reconhecida e executada, na França (e onde mais há esse entendimento), não obstante tenha sido invalidada pelo judiciário do país em que fora proferida. Para isso, tem-se como fundamento a premissa de que a sentença arbitral não se vincula ao país sede, mas que se trata de uma "decisão de justiça internacional". Ademais, baseia-se no Art. VII, Parágrafo 1º, da Convenção de Nova York, que prevê a aplicação do direito nacional mais favorável. Assim, tomando o artigo supramencionado como fundamento, deve-se aplicar, em detrimento da convenção, as disposições internas ou internacionais que estabeleçam um tratamento mais favorável ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira. [21]

Para Luiz Olavo Baptista, porém, essa solução não procede. Primeiro porque, ao contrário da França que não possui em seu ordenamento jurídico previsão de negativa de homologação quando de anulação de sentença estrangeira (daí porque a aplicação da

---

[19] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula no Local Onde Proferida*. In: Revista Brasileira de arbitragem. n.º 37 –Jan-Mar. 2013, pp. 27-28.
[20] v. CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 377; BONATO, Giovani. Op. Cit. p. 91; BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. Cit. pp. 18 e ss; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 188.
[21] BONATO, Giovani, p. 90.

legislação interna como mais favorável), "[...] a lei do Brasil não é mais nem menos favorável à homologação que a Convenção de NY.". [22] Em segundo lugar, continua o referido autor, *verbis*:

> [...] O juízo de homologação não está autorizado, com fundamento na cláusula do direito mais favorável, a invocar normas estipuladas para reger a validade de suas arbitragens e seus laudos domésticos (ou seja, aqueles proferidos em território nacional) para justificar a homologação de laudo anulado no local de origem. [23]

Ademais, uma vez aceita tal possibilidade, surge então um novo problema: o *forum shopping*. Trata-se de fenômeno que incentiva a parte a buscar, em todos os países em que conseguir, a homologação e a execução da sentença anulada, dado que não haveria óbices, em alguns Estados, para esse reconhecimento, o que pode gerar enorme insegurança jurídica. Para exemplificar, mais uma vez trazemos as palavras do Prof. Baptista:

> O caso analisado é exemplo claro de "*forum shopping*". A Cia B, que aceitou incluir em seus contratos com a Cia A cláusula arbitral determinando Buenos Aires como local de arbitragem, ao ver o seu laudo anulado pela justiça argentina, resolveu postular a homologação da sentença em diversos outros foros. Tentou fazê-la na justiça espanhola, que denegou a homologação por ter sido o laudo anulado em seu local de origem. Buscou também o *exequatur* no Estados Unidos, que igualmente negou a homologação, fundamentando sua decisão no fato de ambas as partes terem postulado a anulação da sentença em seu local de origem. A homologação foi também tentada no Chile, onde, pelo que soubemos, a decisão ainda está pendente. A França, berço da teoria da deslocalização, que, como vimos, não é recepcionada pelo nosso Direito, foi o único local onde o laudo foi homologado, segundo informações que tivemos. [24]

Em que pese os argumentos invocados pela doutrina internacional e até mesmo quanto aos defensores pátrios[25] da referida hipótese, e os prós e os contras[26] que a referida teoria apresenta, parece não haver muitas dúvidas sobre o posicionamento brasileiro acerca da impossibilidade do reconhecimento de homologação e execução da sentença arbitral estrangeira anulada judicialmente no país de origem.

3.2.2 A homologação de sentença arbitral sem motivação

[22] BAPTISTA, Luiz Olavo. p. 21.
[23] Ibidem.
[24] Idem, pp. 26-27.
[25] WALD, Arnaldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela Justiça local no país de origem. *In*: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. (Coord). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 55 e ss.
[26] BONATO, Giovani, pp. 90-92.

Um outro ponto relevante se refere a possibilidade de homologação de uma sentença arbitral estrangeira sem motivação, isto é, prolatada sem fundamentação. A Lei de Arbitragem Brasileira expõe em seu Art. 26 os requisitos obrigatórios de uma sentença arbitral. Dentre eles, é requisito obrigatório previsto no inciso: "II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por eqüidade". Aduz-se, ainda, a previsão do Art. 93, XI, da Constituição Federal, que impõe o dever de fundamentação à todos os julgamentos do Poder Judiciário.

Assim, a sentença arbitral deve ser fundamentada para que seja válida. Não obstante, essa obrigatoriedade não se encontra incluída nos artigos que autorizam a denegação do pedido homologatório. A questão que resta é: seria dado ao Superior Tribunal de Justiça proceder com a homologação de um laudo arbitral imotivado? Um laudo dessa maneira constituiria ofensa à ordem pública?

A resposta à pergunta formulada não encontra uma conclusão satisfatória no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser a mesma fornecida pela doutrina e pela jurisprudência. A disciplina da fundamentação das decisões judiciais é diferente nas várias tradições jurídicas mundo afora. Brasil, Itália, França, Japão e, em geral, os países derivados da tradição romano-germânica preveem a obrigação de motivar. Não obstante, muitos países de tradição *common law,* como Estados Unidos, Inglaterra, Malásia e também vários regulamentos de cortes arbitrais não o fazem.

> Nessa tarefa, o estudo comparativo fornece subsídios úteis. Em especial, os italianos e os franceses examinaram muitas vezes o caso das sentenças estrangeiras desmotivadas. Embora eles concordem que a fundamentação não é, em si, uma exigência da ordem pública, apenas os primeiros reconhecem sem mais as sentenças estrangeiras desmotivadas. Para os franceses, será sempre necessário um substituto da fundamentação, sob pena de inviabilizar-se o controle dos requisitos do reconhecimento. A causa da diferença parece ser o amplo controle da ordem pública processual realizado na França, não na Itália. Vez que a tradição jurídica brasileira se aproxima mais da italiana, seria natural que nós também fôssemos tolerantes com as sentenças estrangeiras desmotivadas. [27]

O Supremo Tribunal Federal parecia ter firmado entendimento, desde 1992, de que a sentença estrangeira imotivada pode ser, ainda assim e sem a exigência de substituto,

[27] PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada?* In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006. p. 222.

homologada – aproximando-se, portanto, dos italianos.[28] Todavia, não havia até recentemente posição clara firmada pelo novo órgão competente para o julgamento do feito – o STJ.

Nesse desiderato, a questão parece ter tomado rumo quando, em setembro de 2014, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de sentença estrangeira contestada, uma situação exatamente assim (SEC nº 5.692/US), criando importante precedente quanto à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. O caso envolveu uma empresa norte-americana e um cidadão brasileiro Na referida ocasião a Corte homologou, pela primeira vez em sua história, uma sentença arbitral sem fundamentação, proferida em procedimento arbitral com sede em Nova Iorque, nos Estados Unidos.

O pedido de homologação postulado pela empresa foi contestado, dentre outros argumentos, com base na alegação de que a falta de fundamentação da sentença arbitral constituiria ofensa à ordem pública, o que obstaria sua homologação no Brasil. O STJ, entretanto, acatou o pedido homologatório, ao entender que a motivação da sentença arbitral deveria seguir a previsão legal constante do ordenamento jurídico da sede da arbitragem. Dessa feita, a análise da fundamentação da sentença arbitral teria de seguir os requisitos da lei de Nova Iorque, sede da arbitragem, e não aqueles da lei brasileira – vale dizer, a previsão do Art. 26, inciso II da LAB. A guisa de complementação segue a ementa do referido julgado:

> PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. REQUISITOS (L. 9.307/1996). JUÍZO DE DELIBAÇÃO.
>
> Na homologação da sentença arbitral, o juízo é de delibação, limitando-se o controle judicial ao disposto nos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.307, de 1996. Espécie em que o contrato firmado entre as partes e a carta de garantia adjecta são regidos pelas leis do Estado de Nova York, submetendo-se ambos ao procedimento arbitral por força de decisão da respectiva Suprema Corte do Estado de Nova York, que também proclamou a solidariedade do requerido. A motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do decisum . "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas" (CPC, art. 90). Demais alegações que desbordam do mero juízo de delibação. Sentença estrangeira homologada.
> (STJ, SEC Nº 5.692 - EX (2012/0246980-3), Corte Especial, Rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 20.08.2014).

Pelo exposto, vemos que o STJ entendeu por manter aquela linha jurisprudencial outrora adotada pelo Excelso Pretório. No que tange à eventual ofensa à ordem pública, aliás, faz-se deveras oportuno a apresentação das palavras de Marcela H. T. Pereira:

---

[28] Ibidem.

> Em todo caso, o cerne do problema é dizer se a fundamentação seria uma imposição da ordem pública processual. Para responder, é conveniente diferenciar a dimensão infraconstitucional e a constitucional da motivação. Na primeira, posto que útil para a operacionalidade do processo, a obrigação de motivar seria uma norma processual comum e, desse modo, de aplicação territorial. A dimensão constitucional, por sua vez, suscita questões mais sérias. De início, é preciso descartar a teoria de que a sede constitucional, por si só, faça da obrigação de motivar uma imposição da ordem pública internacional. Na verdade, muitas normas constitucionais não traduzem valores da ordem pública internacional, entre as quais a que condiciona o divórcio à prévia separação por um ano (art. 226, § 6o). [29]

Ademais, parece que a decisão não fere o supramencionado artigo constitucional (Art. 93, XI, da CF) uma vez que esse comando, em particular, condensa uma garantia política dirigida apenas ao judiciário brasileiro e, portanto, não poderia ser desrespeitada por uma sentença estrangeira. [30] Assim, e já finalizando, destaca-se que o referido julgado trouxe, além do mais, outra contribuição importante para o desenvolvimento do instituto da arbitragem e do direito como um todo no Brasil: a diferenciação, ainda que não expressa, entre ordem pública interna e internacional!

3.2.3 O caso da sentença arbitral estrangeira oriunda de arbitragem obrigatória

Por último, enfrentaremos a seguinte questão: é possível, no Brasil, a homologação de sentença arbitral estrangeira oriunda de arbitragem compulsória? Não encontramos, doutrina que tenha se proposta a resolver o problema. A situação, ao que parece, também ainda não foi objeto de julgamento perante o STJ. Desse modo, limitaremos nossa análise a alguns apontamentos culminando em proposição própria, sem que haja a pretensão, entretanto, de esgotar o assunto.

A princípio, há de se lembrar que o procedimento arbitral é, por sua própria natureza, um instituto privado, que decorre da autonomia de vontade das partes. No Brasil, aliás, a arbitragem apenas poderá ser voluntária e facultativa, em decorrência da Garantia da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional – Art. 5º, XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

---

[29] Idem, p.223
[30] Ibidem.

Por isso mesmo, as regras dispostas nas LAB remetem-nos a essa mesma concepção. O Art. 1º, por exemplo, fala em "partes capazes de contratar" e em "direitos patrimoniais disponíveis". [31] De igual modo, o Art. 2º, § 1º, dispõe: **"**Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.". Enfim, é desnecessário, a essa altura, demasiadas delongas a respeito da ideia de facultatividade, que é inerente e permeia todo o instituto da arbitragem.

Sem embargo, alguns ordenamentos estrangeiros admitem o uso da arbitragem obrigatória, também chamada de arbitragem compulsória ou necessária. É o caso, por exemplo, de países como França e Portugal. [32] Assim, pode ocorrer o caso em que uma sentença arbitral estrangeira oriunda de um procedimento arbitral compulsório venha a ser interposta em pedido homologatório perante o STJ. Nesse caso, como fica a homologação deveria ser deferida?

A princípio, ficamos tentados em acreditar que não poderia ser homologada, em virtude da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Ao STJ cabe a análise dos vícios formais e não do mérito da questão. Nesse rol, existe a possibilidade de se considerar a arbitragem compulsória uma ofensa à ordem pública nacional, o que resultaria na denegação do pedido homologatório.

Além do mais, poderia ser invocada a justificativa constante do Art. 38, V, da LAB, segundo o qual a homologação poderá ser denegada quando o réu demonstrar que: "a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória". Ora, se a arbitragem é compulsória, não haveria que se falar em compromisso arbitral ou cláusula compromissória, eis que inexistente qualquer voluntariedade ou facultatividade.

Não obstante, como vimos, o STJ reconheceu, no caso da sentença estrangeira sem fundamentação, que deve-se respeitar a lei do país sede da arbitragem, não cabendo ao juízo pátrio análise dos padrões processuais alheios. Nesse ínterim, poder-se-ia dizer que ao STJ também não caberia questionar a legislação estrangeira que determina a obrigatoriedade da instauração do procedimento arbitral, sob a escusa de que esta seria a legislação em vigor

[31] Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
[32] BONATO, Giovanni. Op. Cit. p. 76

daquele ordenamento. Por fim, poder-se-ia alegar tratar-se de questão de ordem pública internacional, e não interna, o que não obstaria a intentada homologação.

Dessa feita, a denegação da homologação deverá ocorrer se o STJ entender, mesmo de ofício, que a sentença arbitral estrangeira oriunda da instituição de procedimento arbitral compulsório ofenderia a ordem pública nacional – o que a princípio, data vênia, não parece se coadunar com o entendimento acima firmado, eis que se o país de origem da sentença arbitral permite tal obrigatoriedade, a sentença deveria ser reputada válida.

Do contrário, caberá ao réu a demonstração de quaisquer daqueles quesitos dispostos no Art. 38 da LAB ou do Art. 39,I, do mesmo diploma legal; ou ainda ofensa aos bons costumes, para que se obste a homologação da sentença arbitral estrangeira. De qualquer sorte, parece-nos que a questão ficará pendente até eventual provocação a dar-se em caso concreto – o que não dispensa, ainda, maiores e mais profundas ponderações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

ALMEIDA, João Daniel de. *Manual do Candidato – História do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula no Local Onde Proferida*. In: Revista Brasileira de arbitragem. n.º 37 – Jan-Mar. 2013.

BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro.* In: Revista Brasileira de Arbitragem, n. 43, ano de 2014.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARMONA, C. A. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n. 9.307/96*, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004.

COSTA, José Augusto Fontora. *Sobre Corvos e Ornitorrincos: Arbitragem estrangeira e Internacional no Direito Brasileiro*. In: Revista Brasileira de Arbitragem. n.29, 2011.

LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. (Coord). *Arbitragem – Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

OLIVEIRA, Reginaldo Gomes de; MAGALHÃES, Maria das Graças Dias. *Questão do Pirara: Roraima*. In: Textos e Debates – Revista de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Roraima. v., 1. n. 14. ISSN: 1413-9987. Ano de 2008.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada?* In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, jan./mar. 2006.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, E. *Una discusión sobre la teoria del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2007.

RICCI, Edoardo Flávio. *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões Polêmicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea – Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

Data de recebimento: 24/11/2015

Data de aceitação: 28/01/2016

TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA INCONTROVÉRSIA DE PARCELA DA DEMANDA: ESTABILIZAÇÃO OU DESMISTIFICAÇÃO DA COISA JULGADA?

PROTECTION OF EVIDENCE FOUNDED ON DEMAND PORTION OF INCONTROVÉRSIA: STABILIZATION OR DEMYSTIFICATION OF RES JUDICATA

TAÍSA SILVA DIAS FREZZA*
FLÁVIO LUIS DE OLIVEIRA**

RESUMO

Trata-se de estudo exclusivamente teórico baseado na análise exaustiva de publicações atinentes à tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda a fim de levantar discussões a respeito da natureza da decisão, grau de cognição, aptidão à coisa julgada, contagem do prazo decadencial para eventual ação rescisória e, principalmente, analisar se o conceito de coisa julgada se vincula ao de sentença. Em que pese posicionamentos contrários, infere-se que se trata de decisão interlocutória de mérito uma vez que decide definitivamente parcela incontroversa da demanda no curso do processo, caso não impugnado por agravo de instrumento. A cognição é exauriente, razão pela qual a decisão é irrevogável e apta à formação da coisa julgada – ou no mínimo se estabiliza -, ainda que no curso do processo. Finalmente, a contagem do prazo bienal para rescisória tem como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão interlocutória. Destarte, em sintonia com a efetividade do processo, é mister a revisitação de conceitos legais como sentença, decisão interlocutória e coisa julgada, já que esta última não se vincula ao conceito de sentença mas ao grau de cognição da decisão.

Palavras-chave: Incontrovérsia. Decisão interlocutória de mérito. Coisa julgada. Efetividade do processo.

---

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Doutor Flávio Luis de Oliveira. Bauru/SP – Rua Engenheiro Alfheo José Ribas Sampaio, 2-30 Apto 152 – CEP 17012.631 – e-mail taisafrezza@gmail.com

** Mestre (1998) e Doutor (2000) em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador e Professor Permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Bauru/SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Consultor Ad Hoc da Capes - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Advogado. Marília/SP – Avenida Santo Antonio, 236 – CEP 17501.470 – Telefone (14) 3413.3446. E-mail flavioluis@terra.com.br

ABSTRACT

It is exclusively theoretical study based on comprehensive analysis of publications relating to the protection of evidence based on incontrovérsia the portion of the demand to raise discussions about the nature of the decision, level of cognition, ability to res judicata, calculating the time preclusive for possible action for rescission, and especially to analyze the concept of res judicata is linked to the sentence. In spite of contrary positions, it is inferred that this is an interlocutory judgment on the merits as he decides definitely undisputed portion of the demand during the process, if not challenged by bill of review. Cognition is exauriente, which is why the decision is irrevocable and suitable training of res judicata – or at least stabilizes -, even during the process. Finally, count the biennial period for rescission has the initial term, the date of the final and unappealable interlocutory decision. So, in line with the effectiveness of the process, we must revisit the legal concepts such as sentence, interlocutory judgment and res judicata, since the latter does not bind to the concept of sentence but the degree of cognition of the decision.

Keywords: Incontroversy. Interlocutory judgment of merit. Res judicata. Effectiveness of the process.

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual civil contemporâneo tem fundamento na busca da prestação jurisdicional efetiva, permitindo ao jurisdicionado a satisfação dos direitos, em tempo razoável, em face da urgência ou da evidência.

É por esta razão que as últimas reformas processuais prestigiam a elaboração de técnicas processuais cujo escopo tende muito mais a privilegiar a efetividade do processo do que a certeza jurídica.

Classicamente, o processo adotou as premissas doutrinárias de Giuseppe Chiovenda, estruturado a partir do dogma da segurança jurídica. Chiovenda entendia que o único processo capaz de alcançá-la era aquele fundado no juízo de "certeza" pautado pela cognição exauriente (DORIA, 2003). Todavia, essa concepção clássica esbarrou nas transformações sociais, em especial, ao final do século XX, na era pós-industrial. Os conflitos sociais paulatinamente passaram a exigir do Direito uma mudança de interesses: a efetividade corolária à duração razoável do processo em prevalência sobre a segurança jurídica.

Nesse diapasão, a legislação processual brasileira passou por uma série de reformas, com destaque para a universalização da antecipação de tutela, que se estendeu aos procedimentos comuns ordinários em 1994; além de outras técnicas de sumarização, em especial, a antecipação de tutela fundada na Incontrovérsia de parcela da demanda introduzida pela Lei n. 10.444/2002.

Destaca-se que o § 6º do art. 273 do CPC (Código de Processo Civil) é reflexo dessa tendência contemporânea de prestigiar a efetividade do processo, que asseguradamente pode sim conviver com a segurança jurídica mediante a técnica de ponderação utilizada para harmonizar o conflito de valores constitucionais à luz do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a construção de um processo justo está diretamente relacionada com a utilização de técnicas processuais que garantam a distribuição racional do ônus do tempo no processo.

Ora, se é possível antecipar a tutela de um direito pautado na verossimilhança, não se deve olvidar que a evidência também reclama provimento imediato. Não seria devido um processo que impusesse ao demandante a espera da delonga processual diante da situação jurídica da evidência. Nesses casos, a tutela deve ser concedida de plano, como consectário do devido e "adequado" processo legal (FUX, 2000).

A doutrina Marinoni (2011b), um dos precursores do tema "tutela antecipada" no Brasil, assevera que a melhor interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal é aquela que garante uma distribuição racional do tempo aos litigantes a fim de garantir a isonomia real no processo. Portanto, um provimento jurisdicional eficaz e tempestivo está relacionado ao exercício do direito de defesa de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização dos direitos do autor.

Neste sentido, se o feito está maduro uma vez que é inconteste, seja pela inércia do requerido que não o impugnou seja pelo reconhecimento jurídico de parte do pedido, o autor deve ter preservado o seu direito fundamental de um provimento jurisdicional justo e, sobretudo, tempestivo.

O instituto da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda tem despertado discussões doutrinárias acaloradas. Embora tenha sido introduzido no sistema há pouco mais de dez anos (Lei n. 10.444/2002), ainda se discute se o nosso sistema processual civil está preparado para a execução de uma tutela evidente no curso do processo.

Uma das principais dificuldades da aplicabilidade prática do instituto em testilha está arraigada à concepção clássica de que o julgamento se dá em momento único no processo e da integralidade da demanda. Os processualistas que pensam assim ainda se prendem ao princípio *chiovendiano* da unidade: *della unità e unicità dela decisione* (CHIOVENDA, 1965 *apud* DORIA, 2003).

Todavia, após a introdução do art. 273, § 6º, do CPC, se o princípio da unidade não passa de um mito, no mínimo relativizou a incindibilidade do julgamento ao permitir a

antecipação de parte da tutela pretendida pelo autor. Neste sentido, o instituto permite ao magistrado julgar, em momentos distintos, os pedidos deduzidos na inicial na medida em que um deles ou uma parte deles se apresenta incontroverso. Diante dessas circunstâncias, não há como negar a tutela antecipatória.

Bueno (2004) defende que esta tutela cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada.

Destarte, se o próprio legislador incentiva a cumulação de pedidos numa mesma demanda, seria um paradoxo não permitir o julgamento de parcela da demanda que se apresente madura para tal. Trata-se de verdadeira cisão do julgamento, que como acertadamente adverte Marinoni (2011a), decorre naturalmente da possibilidade de cumulação de pedidos, caso contrário violar-se-ia o princípio da efetividade do processo.

Diante do exposto, faz-se necessária uma série de indagações a respeito do instituto contemplado pelo § 6º do art. 273 do CPC: É mera antecipação de decisão revogável? É decisão de mérito? É decisão interlocutória ou sentença parcial? É decisão provisória ou final? A cognição é sumária ou exauriente? Tem aptidão à coisa julgada? Qual o recurso cabível? A execução é provisória ou definitiva? Se a decisão transitar em julgado como se dá a contagem do prazo decadencial para a ação rescisória?

A discussão no decorrer deste estudo é muito mais ampla do que a mera interpretação literal do dispositivo legal. Será embasada nas discussões doutrinárias contemporâneas e nas tendências apontadas pelo projeto do novo Código de Processo Civil que está em discussão no Congresso Nacional.

Faz-se necessário um estudo mais aprofundado do que diz respeito à antecipação de tutela nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC. A discussão será permeada com base no estudo de institutos processuais fundamentais à compreensão desta técnica processual, tais como: "sentença", "decisão interlocutória" e "coisa julgada", revisitando seus conceitos tradicionais, cujo cerne será a desmistificação da vinculação da coisa julgada à sentença na perspectiva do direito fundamental à tempestividade e efetividade da tutela dos direitos.

E mais, àqueles que não admitam que a unicidade do julgamento e a coisa julgada vinculada à sentença não passam de mitos, ao menos deverão se convencer, ao término deste estudo, que a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda tem aptidão para a estabilização.

2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

No que concerne ao sistema processual brasileiro, em breves termos, durante o período colonial vigeram as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

Somente quase três séculos depois, após a independência do Brasil, que em 1850 sobreveio junto com o Código Comercial o Regulamento 737, que a princípio se aplicava apenas às questões comerciais. Todavia, a partir de 1890 sua aplicação também se estendeu às causas cíveis e processuais até a promulgação da Constituição Federal de 1891. Em outros termos, a primeira constituição federal após a proclamação da república atribuiu ao Congresso Nacional a competência para legislar a respeito do direito processual da Justiça Federal e, por outro lado, delegando aos Estados a competência legislativa sobre o processo comum (art. 34, n. 23, da Constituição Federal de 1891).

Destaca-se que nem todos os Estados da Federação promulgaram seus respectivos códigos processuais, razão pela qual o Regulamento 737 continuou a reger supletivamente.

Posteriormente, com a Carta Política de 1934, atribuiu-se a competência privativa à União para legislar sobre direito processual nos termos do art. 5º, inciso XIX, *a*.

A Constituição Federal de 1937 reproduziu a referida norma da Carta Política anterior em seu art. 16, XVI.

Somente em 1939, com o Decreto-lei n. 1.608 instituiu-se o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, cujo anteprojeto é de autoria de Pedro Batista Martins, revisado por Francisco Campos e Guilherme Estellita. Apesar da timidez e falta de técnica, o Código de 1939 constituiu em um significativo avanço em relação ao período anterior (GONÇALVES, 2011).

Posteriormente, a Lei n. 5.869/1973 promulgou o Código de Processo Civil brasileiro elaborado a partir do projeto do Ministro Alfredo Buzaid e desenvolvido com base nos estudos realizados por Enrico Tullio Liebman e seus discípulos. O código processual de 1973 imprimiu caráter mais científico com a adoção de técnicas processuais e, portanto, grande avanço ao sistema processual brasileiro.

No que se refere aos atos judiciais, vale destacar que o Código de 1939 previa tão-somente o despacho e a sentença. O despacho atinente aos atos de impulso, enquanto às sentenças cabia o julgamento, seja de questão processual seja de mérito. Assim, concebia-se que as sentenças poderiam ser *interlocutórias* (proferidas no curso do processo) ou *finais* (determinando a extinção do processo). Estas últimas eram ainda divididas em *definitivas* (com julgamento de mérito) ou *terminativas* (sem julgamento de mérito).

Quanto ao sistema recursal do CPC de 1939, das sentenças terminativas cabia agravo de petição, enquanto das sentenças finais cabia apelação. Ademais, havia no sistema outras duas espécies de agravo: *de instrumento* (para as hipóteses expressamente enumeradas na lei) e *no auto do processo* (para evitar preclusão de determinadas decisões).

Por outro lado, Alfredo Buzaid explica na Exposição de Motivos do Código vigente que o projeto da codificação de 1973 teve o escopo de simplificar o sistema recursal, concedendo, originariamente, apelação só de sentença e, de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Empregou-se nitidamente o critério topológico, uma vez que sentença (independentemente de julgar ou não o mérito da causa) extingue o procedimento em primeiro grau, enquanto que a decisão interlocutória não o encerra e julga questão incidente (ARAÚJO, 2011).

Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 atribuiu exclusivamente à União a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, inciso I) e aos Estados, a competência supletiva sobre procedimentos processuais (art. 24, inciso XI). Ademais, consagrou uma série de princípios processuais, dando ensejo ao denominado "direito processual constitucional". Neste diapasão, vale destacar os princípios do acesso à justiça, devido processo legal e, sobretudo, a efetividade e duração razoável do processo que serão objeto de análise neste estudo.

O sistema processual vigente passou por uma série de reformas, das quais merece destaque as legislações, a saber: Lei n. 8.952/1994 (que introduziu no sistema o instituto da antecipação de tutela no art. 273 do CPC, além de dar nova redação ao art. 461 do CPC – obrigação de fazer e não fazer), Lei n. 10.444/2002 (que introduziu o § 6º ao art. 273 do CPC, além de inserir o art. 461-A do CPC – obrigação de entrega de coisa), Lei n. 11.232/2005 (que alterou o conceito de sentença em seu art. 162, § 1º, não mais definida enquanto ato que "põe termo ao processo", passando a determinar o sincretismo processual a partir da introdução do Capítulo IX, *Da Liquidação de Sentença*, do Título VIII, *Do Procedimento Ordinário*, do Livro I, *Do Processo de Conhecimento,* do CPC), Lei n. 11.382/2006 (Execução por título extrajudicial).

Diante disso, é essencial a distinção entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil *reformado* (ARAÚJO, 2011).

O CPC de 1973 uniformizou o regime recursal ao determinar o cabimento de recurso de apelação tanto para sentença definitiva, quanto para sentença terminativa. Isto significa que as hipóteses de extinção do processo principal, sem resolução de mérito, passaram a

comportar a apelação enquanto recurso ordinário por excelência (PARÁ FILHO, 1997 *apud* ARAÚJO, 2011).

Imperioso destacar a inserção no sistema do agravo na modalidade retida cujo escopo é evitar a preclusão de questões incidentais (Lei n. 9.139/1995). Ademais, por força da Lei n. 11.187/2005 a interposição de agravo na forma retida tornou-se regra, deixando a interposição por instrumento apenas às decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522 do CPC).

Diante do exposto, a partir de 1994, o sistema processual brasileiro passou por uma série de reformas modificando, em essência, a estrutura processual vigente. Tais transformações só foram implementadas a partir de uma mudança de perspectiva, conforme anota Bedaque (*apud* ARAÚJO, 2011, p. 73):

> A radical mudança de perspectivas verificada nos últimos anos – em razão do que o processualista deixou de se preocupar exclusivamente com conceitos e formas, para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera – impõe que sejam revistas ideias concebidas à luz de outra realidade histórica. Hoje, pensa-se no processo de resultados.

Na mesma linha, Araújo (2011, p. 73) conclui que:

> O Código de Processo Civil de 1973 marca a fase *autonomista* ou *conceitual* do modelo processual brasileiro, iniciada com o Código de Processo Civil de 1939, enquanto o Código de Processo Civil *reformado* consolida a fase *instrumentalista*, no qual se busca um "processo de resultados".

Neste contexto merece destaque a generalização da antecipação da tutela enquanto instrumento fundamental ao alcance de um processo mais justo e efetivo.

3 A UNIVERSALIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA REFLEXÃO COM BASE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Antes da reforma processual de 1994, o CPC de 1973 não previa a antecipação dos efeitos da tutela. Por esta razão, a praxe forense admitia o uso indiscriminado, ainda que indevido, da medida cautelar (art. 798 do CPC) enquanto instrumento da antecipação dos efeitos da tutela; cunhando-se, inclusive, a expressão "cautelar satisfativa" (ARAÚJO, 2011).

A Lei n. 8.952/94 conferiu nova redação ao art. 273 do CPC, generalizando em nosso sistema o instituto da antecipação de tutela, que até então, atrelava-se, no CPC, tão-só aos procedimentos especiais do Livro IV (*Dos Procedimentos Especiais*).

Neste contexto, insta frisar que com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, as reformas legislativas passaram a levar em consideração não mais somente a proteção do patrimônio (como enseja as tutelas consagradas no Livro IV do CPC) como também a tutela de questões não-patrimoniais a partir da introdução do art. 273, 461 e 461-A, do CPC, e art. 84 do CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Marinoni (2010) assegura que o magistrado tem hoje um poder geral de antecipação a fim de utilizar de técnicas processuais que possam garantir a prestação imediata dos direitos, seja em razão da urgência seja em razão da evidência:

> Na verdade, a outorga de poder para a concessão de tutela antecipatória no procedimento comum deriva da percepção de que a necessidade da antecipação da tutela deve ser aferida em face do *caso concreto*, verificando-se a situação de perigo que pode tornar imprescindível a antecipação da tutela, o modo como a defesa é exercida e o fato de parcela da demanda ter se tornado incontroversa no curso do processo (MARINONI, 2010, p. 178).

A universalização da antecipação da tutela nos moldes do procedimento ordinário ensejou ao sistema processual enorme avanço rumo à efetividade do processo. A tutela antecipatória "[...] é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo" (MARINONI, 2011b, p. 29).

Imperioso acrescentar que os institutos da tutela de urgência e tutela de evidência não se confundem. A urgência é pautada no juízo de verossimilhança e situações de risco de dano irreparável; enquanto a evidência em nada se relaciona com perigo, mas atrela-se, atualmente, às situações de incontrovérsia e abuso de direito de defesa.

A tutela de urgência viabiliza uma prestação jurisdicional tempestiva e é subdivida em: antecipação dos efeitos da tutela e tutela cautelar, que têm a finalidade de afastar situações de graves riscos de dano à efetividade do processo. Em outros termos, em razão da inevitável demora do curso processual, antecipam-se os efeitos da tutela (nos moldes do art. 273, 461 e 461-A, todos do CPC) ou impõe-se medida cautelar com o fim de garantir a efetividade de um futuro processo principal (tutela cautelar).

O instituto da antecipação de tutela garante consequências *concretas* da sentença de mérito antes mesmo da sua prolação, segundo a doutrina de Marinoni (2011b, p. 44):

> A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material.

É por esta razão que o mesmo processualista esclarece que o instituto da antecipação de tutela *adianta* o efeito executivo da sentença:

> [...] a "antecipação total dos efeitos" da sentença condenatória nada mais é do que a antecipação do efeito executivo (ou melhor, a produção antecipada do efeito executivo) da sentença de condenação, que torna viável a antecipação da realização do direito afirmado pelo autor. A "antecipação total dos efeitos" da sentença condenatória consiste na antecipação da realização do direito que o autor pretende ver realizado (MARINONI, 2011b, p. 44).

De tal sorte, não se deve olvidar que sentença não se confunde com antecipação de tutela, conforme ensina o Ministro Zavascki (*apud* ARAÚJO, 2011, p. 83):

> Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Antecipa-se, isto sim, os efeitos executivos daquela tutela.

Portanto, sentença também não se confunde com tutela jurisdicional. Bueno entende que "no máximo, a tutela jurisdicional é veiculada pela sentença, mas mesmo assim, nem sempre seus *efeitos* podem ser experimentados desde logo" (BUENO, 2009, p 43).

Ademais, conforme acrescenta Marinoni (2011b, p.45): "[...] o que é antecipado é um bem da vida, antecipa-se a tutela, e não a sentença; como já foi explicado, a sentença é somente uma técnica para a prestação da tutela".

De outra parte, é oportuno frisar que a possibilidade de o juiz julgar com base na verossimilhança a partir da aplicação do instituto da antecipação da tutela veio mitigar a regra da *nulla executio sine titulo*. Isso porque, classicamente, acreditava-se na proibição da execução antes do término da cognição, ou seja, partia-se da premissa de que a cognição deveria anteceder a execução. Entretanto, hoje é inolvidável que a busca incessante da certeza jurídica e a "completude" da ampla defesa enquanto premissas absolutas do processo restaram-se equivocadas.

> O princípio da *nulla executio sine titulo*, embora originariamente pensado para garantir a segurança jurídica, abre, atualmente, duas possibilidades: ou se aceita que, por ser necessária execução na pendência do conhecimento (como demonstra inclusive a tutela antecipatória), o princípio não tem mais sustentação; ou se admite uma nova abordagem do conceito de título, o qual então passaria a ser visto como algo que não deve ser relacionado com a existência do direito, mas sim com a necessidade prática da sua realização (MARINONI, 2010, p. 39).

Com base nos ensinamentos de Giuseppe Chiovenda a execução sempre dependeu do exaurimento da cognição. Por esta razão a "execução provisória" da sentença era vista enquanto uma "figura anormal" exatamente por não pressupor a "certeza jurídica". Entretanto, "a certeza jurídica, ou a coisa julgada material, em vista das novas necessidades de tutela, não mais pode constituir o pressuposto lógico-jurídico para a instauração da execução"

(MARINONI, 2011a, p. 44-45). Em outras palavras, as novas necessidades de satisfação dos direitos, sobretudo na sua forma específica, transformaram o princípio da *nulla executio sine titulo* em mito.

Note-se que as previsões legais de medidas que antecipam o gênero denominado "tutela de urgência" submetem-se ao crivo dos artigos 273, § 4º, 461 § 6º, 461-A, § 3º, 807, todos do CPC, o que denota a revogabilidade da decisão uma vez que o grau de cognição na linha vertical é sumária.

De outra banda, a situação é peculiar no que concerne à tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC), cerne deste estudo à luz dos direitos fundamentais do processo.

4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1 O conflito entre a efetividade processual e a segurança jurídica

A busca da verdade absoluta sempre teve espaço no nosso ordenamento jurídico já que o ideal de segurança jurídica constitui um dos pilares que norteiam o processo civil.

Entretanto, as transformações sociais, sobretudo a complexidade dos litígios da sociedade pós-industrial, passaram a exigir do magistrado um comportamento que transcendeu aos ideários de Charles de Montesquieu de que:

> [...] ao julgador competiria nada mais do que a aplicação da lei neutra, garantindo, por meio de um processo ordinário e plenário, o mero "descobrimento" da unívoca vontade da lei (MONTESQUIEU, 2000 *apud* PAIM, 2012, p. 30-31).

Neste contexto, modernamente, não basta o magistrado meramente declarar a vontade da lei. Hoje, a complexidade dos litígios reclama proteção mais efetiva, o que muitas vezes se esbarra com a ordinariedade do procedimento e a busca da segurança jurídica.

Em outros termos, o ideal de segurança jurídica acabou criando empecilhos à prolação de decisões com base em cognição sumária e, pior, repercutindo negativamente na esfera real do jurisdicionado, que ainda sofre, e por vezes sozinho, com a morosidade do processo.

É direito fundamental do jurisdicionado o acesso à justiça adequada consagrado no art. 5º, XXXV, da CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". A efetividade é consectária da inafastabilidade da jurisdição. Ou melhor, todo cidadão tem o direito fundamental de receber a tutela jurisdicional que garanta a preservação do seu direito ameaçado ou, em última *ratio*, o ressarcimento diante da lesão consumada. É

nesta esfera que se insere o direito fundamental à efetividade, uma vez que só é garantida se for viabilizado ao titular do direito a capacidade de retornar ao *status quo ante*.

Por este motivo a efetividade do processo tem íntima ligação com tempestividade. A tutela jurisdicional só pode ser efetiva se prestada num espaço razoável de tempo.

Para Bedaque (*apud* ARAÚJO, 2008, p. 86):

> [...] a tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. Aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.

Assim, diante da colisão entre dois princípios processuais (segurança jurídica *versus* efetividade) deve-se utilizar de mecanismos constitucionais que assegurem a convivência pacífica dentro do sistema.

Nesta perspectiva, é imprescindível a transcrição das palavras de Lucon (*apud* CRUZ E TUCCI, 1999, p. 93-94):

> Entre os princípios não se admite antinomia jurídica, ou seja, não é possível a extirpação de um deles do sistema. Quando duas normas jurídicas estão em confronto, uma delas é simplesmente excluída do ordenamento jurídico. No entanto, quando dois princípios estão em conflito nenhum deles é expulso do sistema.

Com efeito, existindo antinomia entre regras, a solução é baseada na *cláusula de exceção*, que poderá invalidar uma das regras conflitantes por meio do critério "cronológico" ou "hierárquico" (ALEXY, 1993 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 57).

Contudo, esta não é a solução diante de choque entre princípios, que deve embasar num raciocínio que envolve a *precedência condicionada*: dar mais prevalência a um princípio sobre o outro, aplicando-se critérios valorativos em cada caso concreto, sem extirpar nenhum deles do ordenamento (ARAÚJO, 2008).

A ponderação valorativa deve ser feita com base na razoabilidade e proporcionalidade. Enfim, nenhum princípio ou direito fundamental é absoluto, devendo neste "jogo de princípios" sobrepujar aquele de maior peso no caso concreto (GRAU, 1998 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 58).

É com base nesta técnica de interpretação, que modernamente o processo tende a dar maior peso à efetividade sobre a segurança jurídica. A conciliação destes princípios no sistema, portanto, exige do julgador a adoção da técnica processual mais efetiva que garanta a satisfação do direito em tempo razoável.

A esperança de que um processo siga um procedimento ordinário e de, ao final, trazer a fiel reconstituição dos fatos se revelou utopia, visto que as causas plenárias também podem gerar decisões equivocadas. Conforme José Henrique Mouta Araújo, decisão injusta também transita em julgado (ARAÚJO, 2008).

Destarte, a sumarização do processo tem papel crucial à garantia da efetividade, destacando-se as técnicas de antecipação da tutela no procedimento ordinário e, sobretudo, a antecipação da tutela fundada na incontrovérsia de parcela da demanda.

4.2 A duração razoável do processo enquanto premissa à efetividade

Como cediço, a efetividade é consectária da tempestividade, que também se tornou direito fundamental consagrado constitucionalmente. A garantia da duração razoável do processo foi introduzida expressamente na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Contudo, cumpre salientar que esta garantia não é nenhuma novidade em nosso sistema. A Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada pelo Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, no qual a República Federativa do Brasil é signatária, já afirmava a garantia da duração razoável no processo. Outrossim, o catálogo de direitos fundamentais expressos na constituição constitui-se rol aberto como expressamente disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

O processo deve atender a seus escopos sociais visando à pacificação do conflito o mais brevemente possível. Cumpre salientar que Rui Barbosa também se preocupou com a tempestividade do provimento jurisdicional em "Oração aos Moços": "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça clara e manifesta" (BARBOSA, 2004 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 34).

A demora do processo está atrelada à conjugação de múltiplos fatores, como bem assevera Barbosa Moreira (2001), a saber: as imperfeições da lei, a escassez de órgãos jurisdicionais, o preparo insuficiente de muitos juízes, bem como do pessoal de apoio, a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia. Além destes, deve-se enfatizar a utilização do direito de ação e o manejo de inúmeros incidentes processuais (muitos dos quais desnecessários em alguns casos) de modo fraudulento, com intuito meramente procrastinatório, como assertivamente acrescenta Araújo (2008).

Em que pese o próprio sistema ordinário e as conjecturas sócio-econômica-culturais conspirem contra a tempestividade do processo, não se deve admitir jamais que, preenchidos os requisitos legais, o magistrado deixe de aplicar as técnicas processuais que garantam a efetividade de cada especificidade de direito.

Portanto, é poder-dever do Estado-juiz a prestação jurisdicional em tempo razoável. Ademais, pode-se dizer que "uma razoável duração do processo é garantia inerente ao direito a um processo justo" (PAIM, 2012, p. 29).

Neste contexto, é dever do magistrado prestar a tutela antecipadamente diante de direitos evidentes, ainda que parcela da demanda continue em trâmite.

4.3 A harmonização entre princípios constitucionais: o contraditório e a tempestividade do processo

Prevê a Constituição em seu art. 5º, LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O princípio do contraditório confere tratamento igualitário às partes no processo. É por essa razão que é assegurado ao autor o direito de deduzir a sua demanda em juízo - direito de ação - e ao réu, o direito de ser informado sobre todo o conteúdo do processo, podendo se defender, ser ouvido, e provar suas alegações - direito à ampla defesa (BEDAQUE, 1998).

Mas como acertadamente já temia Pontes de Miranda, com sua aguda percepção para os fenômenos políticos e sociais:

> [...] a consagração da ampla defesa no estatuto constitucional não pode ser utilizada enquanto arma no inesgotável arsenal do conservadorismo brasileiro a fim de nosso sistema normativo nada transformar efetivamente (BAPTISTA DA SILVA, 2001 *apud* MARINONI, 2011a, p. 20).

Em outros termos, o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa não pode ser utilizado enquanto armas do requerido para que, de forma antiética e desarrazoada, utilize-se dos subterfúgios da lei a fim de protelar indevidamente o andamento do processo.

Ora, a ampla defesa é direito fundamental que deve ser exercido de forma razoável nos limites da concepção da efetividade do processo.

Sob outro prisma, de nada adianta assegurar o direito de ação e ampla defesa às partes se o contraditório for exercido sob a mera ótica formal.

> O contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas depende também do oferecimento de condições às partes para atuarem com eficiência no processo (BEDAQUE, 1998, p. 257).

A garantia do contraditório deve possibilitar que autor e réu participem efetivamente do processo, podendo expor alegações e produzir provas quanto a elas. Entretanto, tais provas requerem avaliação e valoração pelo julgador a fim de indeferir aquelas infundadas e meramente protelatórias.

Portanto, reitera-se que se deve rechaçar comportamentos indevidos do réu, com intuito de aproveitar dos subterfúgios da lei processual, que prevê inúmeros incidentes processuais, como forma de obstar o andamento do processo e manter sob seu domínio patrimonial um bem jurídico do qual não tenha direito.

São essas dilações indevidas, atreladas a outros aspectos já discutidos, que contribuem, mormente, para a morosidade do Poder Judiciário.

Diante desta problemática, o grande desafio é a criação de procedimentos mais céleres que garantam a efetividade do processo sem violar o princípio constitucional do contraditório.

Mas além da positivação de técnicas processuais mais eficazes, cumpre lembrar que o julgador também é parte na relação jurídica processual e, portanto, a dialética no processo envolve autor-réu-juiz. Logo, é dever do magistrado dirigir o processo isonomicamente com escopo de legitimar o provimento jurisdicional em direção a uma verdadeira democratização.

Ocorre que nem sempre é possível o exercício do contraditório previamente às decisões judiciais, é o que acontece diante das situações de urgência que expõem o bem jurídico a grave dano irreparável. Mas mesmo diante de provimentos liminares, sem a ouvida da parte contrária, não se pode falar em afastamento total do princípio do contraditório.

Ora, se o próprio sistema prevê a possibilidade de revelia e a incidência de seus efeitos diante da inação do réu, ressalvadas as hipóteses previstas na lei (art. 302, CPC), por mais razão deve-se tutelar diretos evidentes, que não contestados ou reconhecidos - ainda que parcialmente - pelo réu. Isto porque, como será abordada oportunamente, evidência sugere direitos cuja prova dos fatos revelam-se incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (FUX, 2000).

Nesta linha, tanto a urgência quanto a evidência reclamam tratamentos diferenciados que não se coadunam com a ordinariedade do procedimento desprovido de técnicas de antecipação de tutela.

Portanto, diante de urgência ou evidência deve-se considerar a relativização do princípio do contraditório a fim de se garantir a efetividade do processo. E, como já abordado no item anterior, a efetividade é corolária com a celeridade. Destarte, tutela efetiva é aquela prestada em tempo razoável, mas sem sacrificar totalmente o direito ao contraditório.

O grande desafio é a construção de técnicas diferenciadas capazes de harmonizar as garantias do contraditório e duração razoável do processo. Assim, ainda que o contraditório não seja prévio, a complexidade dos litígios reclama a adoção de contraditório diferido e por vezes eventual, desde que não represente grave violação à garantia consagrada no art 5º, LV da Constituição Federal.

Esse é o entendimento que doutrina e legislação contemporânea têm revelado, a exemplo da tutela monitória e do instituto da estabilização da tutela (que está em discussão no Congresso Nacional e que ainda será abordado em momento oportuno). Destacam-se, sobretudo, as tutelas sumarizadas de urgência (dos art. 273 e 461, § 3º do CPC) e as tutelas de evidência (art. 273,II e § 6º do CPC), que serão pormenorizadamente apresentadas no transcurso deste estudo.

5 TÉCNICAS PROCESSUAIS E A TEORIA DA COGNIÇÃO

5.1 A técnica para o processo de Kazuo Watanabe

A Teoria da cognição ou Técnica para o Processo sistematizada pelo nobre processualista Kazuo Watanabe é asseguradamente um dos mais importantes instrumentos que inspirou o legislador brasileiro na elaboração de procedimentos diferenciados à efetiva tutela dos direitos.

Em outros termos, a Teoria da Cognição tem estrita ligação com a almejada efetividade do processo que é tão buscada modernamente. Por meio dela, os cientistas do Direito, em particular os juízes, podem encontrar técnicas processuais específicas para a satisfação dos direitos em cada caso concreto.

Para a compreensão desta sistemática, primeiramente faz-se necessário um estudo a respeito dos planos ou graus de cognição lastreados pela referida teoria.

5.2 Os graus de cognição e suas combinações enquanto técnicas processuais

Watanabe (1999) sistematizou a cognição em dois planos: vertical (quanto à profundidade do objeto cognoscível) e horizontal (quanto à amplitude ou extensão do procedimento).

Quanto à profundidade na análise do *thema decidum* (o objeto litigioso do processo), a cognição é apresentada ao juiz conforme os graus de "cognição sumária" (ou "incompleta", ou "superficial") e "exauriente" (ou "completa"). A graduação da cognição no plano vertical está diretamente relacionada com a profundidade do conteúdo probatório. É por esse prisma que os doutrinadores mais tradicionais, que ainda se inspiram nos ensinamentos clássicos de Chiovenda, continuam a defender que somente a sentença é apta à cognição exauriente e

permite a formação da coisa julgada material. Contudo, ver-se-á no decorrer deste estudo que esta ideia não mais comunga com o processo civil contemporâneo.

Quanto à extensão, a cognição no plano horizontal é analisada sob a ótica das possíveis alegações que o demandado pode trazer à discussão em momento oportuno no curso do processo, que pode ser traduzida em dois graus de cognição: "parcial" (ou "limitada") e "plena" (ou "ilimitada").

A combinação desses diferentes graus de cognição em seus respectivos planos foi - e ainda é - o instrumento crucial para a criação de técnicas diferenciadas à tutela efetiva dos direitos. A seguir, serão apontados alguns exemplos desse mecanismo utilizado pelo legislador brasileiro inspirado na Teoria da Cognição.

5.2.1 Cognição plena e exauriente

Significa que não há restrição à cognição tanto no plano horizontal quanto no vertical. Portanto, o contraditório é pleno - não há limitações de matérias ao demandado - e os fatos cognoscíveis nos mais profundos graus probatórios. Esta é a característica do procedimento comum ordinário, que apesar de proporcionar maior juízo de certeza não significa necessariamente processo efetivo uma vez que modernamente efetividade está diretamente relacionada com tempestividade.

Impende salientar, que a técnica de sumarização compreendida pelo instituto de antecipação de tutela consagrado pelo art. 273 do CPC merece aplausos no que concerne à garantia fundamental da efetividade no processo. Portanto, compete ao julgador aplicá-la, sempre que preenchidos os requisitos legais, com objetivo de assegurar a tempestividade do provimento jurisdicional no procedimento comum ordinário.

5.2.2 Cognição parcial e exauriente

Nesta combinação há limitações quanto à extensão do procedimento (plano horizontal), mas sem restrições quanto à profundidade. É característica dos procedimentos especiais do Livro IV, como é o caso das ações possessórias e cambiárias. Nesta, a lei impõe restrições ao exame de matérias a ser alegadas pelo réu a fim de simplificar o procedimento, trazer celeridade, mas com a ressalva da possibilidade de questionamento irrestrito em ação ordinária autônoma.

Contudo, deve-se observar que o processo será muito mais efetivo e, portanto, tempestivo, se diante do preenchimento dos requisitos legais houver a concessão de antecipação de tutela em grau de cognição sumária.

5.2.3 Cognição plena e exauriente secundum eventum probationis

O processo modelado conforme a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis* é típico do *mandamus*.

A Lei 12.016/2009 dispõe que se concederá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo sempre que qualquer pessoa física ou jurídica sofrer coação por ilegalidade ou abuso de autoridade desde que fundada em prova documental preconstituída.

O procedimento sumaríissimo do mandado de segurança não permite dilação probatória, por limitação da lei, a fim de evitar defesas infundadas do impetrado, que se quiser discutir a falsidade documental, por exemplo, deve fazer em ação autônoma - esse é pelo menos o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo - Jurisprudência Brasileira 103/190 (MARINONI, 2011b, p.38).

5.2.4 Cognição eventual, plena ou limitada e exauriente

No nosso sistema vigente há exemplos expressivos em que o contraditório é eventual. Em outros termos, diante do comportamento do réu a lei permite que se suprima toda uma fase jurisdicional, como acontece no processo monitório.

Dispõe o art. 1.102-C do CPC que se o réu não oferecer embargos, a prova escrita apresentada na inicial se transmuda em título executivo judicial. É exemplo típico de inversão da iniciativa do contraditório, tornando-se necessário o aprofundamento da cognição no plano vertical somente se o demandado embargar.

Vale dizer, com base nesta técnica processual a cognição poderá ser plena ou limitada conforme eventual comportamento do réu.

5.2.5 Cognição sumária e superficial

Trata-se de restrições à cognição no plano vertical que é característico das antecipações de tutela do art. 273 do CPC, que conduzem a um juízo de verossimilhança que

autorizam a concessão de tutela de urgência diante das situações de perigo de dano irreparável (art. 273, I, CPC), ou tutela de evidência nas situações de manifesto abuso de direito do réu (art. 273, II, CPC).

Além disso, a cognição sumária também está diretamente relacionada às tutelas cautelares do Livro III e à liminar em sede de tutela específica de fazer ou não fazer do art. 461, § 3º do CPC.

Segundo a lição de Marinoni (2011b), o juízo sumário é de mera probabilidade e, portanto, não declara a existência ou inexistência de um direito, mas apenas reconhece o direito como provável - ainda que possa ser declarado como inexistente ao final do processo. É neste sentido que a tutela é antecipada no curso do processo, preenchidos os requisitos legais, mas poderá ser revogada a qualquer tempo em decisão fundamentada caso o julgador chegue a uma conclusão diversa mediante a produção de novas provas.

5.3 Considerações acerca das técnicas fundadas na Teoria da Cognição

Após essa breve explanação das diferentes técnicas processuais segundo as combinações de graus de cognição nos planos horizontal e vertical impende destacar que as tutelas diferenciadas já existiam há muito tempo no nosso sistema, como é o caso das antecipações em sede de procedimentos especiais consagrados no Livro IV. Contudo, a preocupação era voltada tão-só com a tutela do patrimônio.

Somente após a Constituição Federal de 1988, na qual *a proteção à dignidade da pessoa humana* foi elevada à categoria de princípio fundamental e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a preocupação não mais se concentrou na tutela do "ter" e passou a se voltar a tutela do "ser". É neste contexto que também se insere a *Teoria Quinária da Ação* de Pontes de Miranda, que estendeu ao processo de conhecimento as ações mandamentais e executivas *lato sensu* e suas respectivas técnicas de coerção e sub-rogação. Mediante esses meios passou a se assegurar a tutela dos direitos na sua forma específica, já que nem sempre a conversão em perdas e danos - ação condenatória - é suficiente para satisfazer as exigências do credor.

Destarte, as técnicas processuais fundadas na Teoria da Cognição representam grande avanço do processo civil, em especial no que concerne à sumarização enquanto método crucial à busca da democratização do processo. Aliás, o instituto da antecipação de tutela, sobretudo a antecipação da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da

demanda, é imprescindível à busca da tão almejada efetividade e distribuição racional do ônus do tempo no processo.

6 A COGNIÇÃO SUMÁRIA E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA: UMA PROPOSTA DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

As tutelas sumarizadas previstas no CPC (arts. 273, 461 e 461-A) e no art. 84 do CDC têm como objetivo primordial alcançar a tempestividade do provimento jurisdicional, garantia processual assegurada na Constituição Federal.

As tutelas antecipadas em geral e as medidas liminares caracterizam-se fundamentalmente pela provisoriedade, já que podem ser revogadas a qualquer momento em decisão fundamentada, como disposto nos arts. 273, § 4º; 461, § 3º e 807, todos do CPC. Isto significa que as tutelas sumarizadas, pelo menos em tese, não têm aptidão à produção da coisa julgada. Sem embargos de que seja esse um pressuposto básico destas tutelas, o sistema processual contemporâneo tende a admitir o instituto da estabilização da tutela antecipada.

Era o que previa o projeto de Lei n. 186/2005, do Senado Federal, fruto de uma proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que foi uma louvável iniciativa de estabilizar a tutela antecipada, mas que restou arquivado tendo em vista a não reeleição de seu autor no ano de 2006.

Entretanto, o Ministro Luiz Fux e a Comissão de Juristas que discutem o projeto do novo Código de Processo Civil encamparam o instituto da estabilização da tutela antecipada (PAIM, 2012).

A proposta é oportuna já que permeia uma distribuição mais racional do ônus do tempo do processo, mas deve ser submetida à criteriosa avaliação, visto que é hipótese de relativização do princípio do contraditório.

Conforme Marinoni e Mitidiero (2010, *apud* PAIM, 2012, p. 160):

> O projeto prevê a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela de urgência obtida em processo antecedente (arts. 287, 1º, 288, 2º, e 293). Trata-se de tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela dos direitos.

No Projeto de novo Código de Processo Civil (PL n. 166, 2010, do Senado Federal) as tutelas antecipadas e cautelares serão tratadas dentro do gênero tutelas de urgência disciplinadas nos artigos 269 a 286. Dispõe o art. 269 que as tutelas de urgência poderão ser requeridas de forma antecedente ou incidental. É interessante notar que a medida antecedente

poderá estabilizar os efeitos da tutela caso não haja impugnação, dispensando o autor de formular um pedido principal (art. 280).

Neste contexto, a medida liminar continuará produzindo seus efeitos, tendendo à definitividade do provimento jurisdicional, caso o demandado não conteste no prazo legal de cinco dias. Portanto, tratar-se-á de hipótese de inversão do contraditório somente se não houver impugnação tempestiva, já que nesse caso o réu só poderá discutir a eficácia da medida em posterior ação autônoma. Vale frisar que a eficácia da tutela antecipada em sede de cognição sumária se estenderá até que futura ação autônoma a revogue.

Neste cenário, não se pode afirmar que a tutela de urgência faz coisa julgada, entretanto sua autonomia pode ser garantida com a manutenção da sua eficácia sem a necessidade de uma decisão de mérito final.

Em sentido oposto, caso o réu conteste a medida liminar antecedente caberá ao autor o ajuizamento do pedido principal no prazo legal, ordinarizando-se o feito.

Nesta perspectiva, a decisão, em que pese provisória, viabiliza a composição do litígio, que poderá inclusive se tornar definitiva ou ao menos estabilizada, garantindo a plena satisfação do direito e a sua autonomia.

Contudo, é bem verdade que a possibilidade de uma tutela antecipada concedida em sede de cognição sumária se tornar definitiva não é nenhuma novidade em nosso sistema. Esta já é a previsão legal da ação monitória, na qual o contraditório é eventual numa clara hipótese de inversão.

A inicial da ação monitória instruída com prova escrita autoriza ao juiz deferir de plano o mandado de pagamento ou entrega de coisa no prazo de quinze dias, cuja eficácia só será suspendida mediante o oferecimento de embargos pelo réu no mesmo prazo. Isto significa que ultrapassado o prazo legal *in albis*, o mandado inicial é convertido em mandado executivo, seguindo-se as regras de cumprimento da sentença nos moldes do Livro I.

Percebe-se claramente que na ação monitória a tutela antecipada concedida sumariamente estabiliza-se caso o réu não exerça o contraditório no prazo estabelecido.

Assim, a proposta de estabilização da tutela de urgência do projeto do novo CPC não viola o princípio do contraditório, que se torna apenas eventual. O réu executado provisoriamente tem oportunidade de contestar a medida antecedente, mas se não o fizer no prazo previsto, não é justo que o autor, que evidentemente tem razão, suporte sozinho o ônus do tempo do processo e tenha que aguardar uma decisão final transitada em julgado para se satisfazer.

Portanto, a previsão de estabilização da tutela de urgência nos moldes propostos deve ser interpretada como constitucional. Até porque, decorrido *in albis* o prazo para impugnar a medida, o réu poderá suspender a sua eficácia em ação autônoma, como forma de nova oportunidade ao exercício do contraditório. Reitera-se, portanto, que o contraditório eventual ou até mesmo invertido não viola a garantia do art. 5º, LV, da Constituição. Ao contrário, fortalece outros direitos fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal e, sobretudo, a duração razoável do processo.

O instituto da estabilização da tutela de urgência representa um grande avanço no que concerne à efetividade processual, democratizando o processo já que permite uma distribuição mais racional do ônus do tempo, além de contribuir, mormente, à isonomia real do processo.

6.1 Um breve esboço sobre o direito comparado: o *référé* francês

O direito internacional traz hipóteses de ações sumárias autônomas que servem de inspiração para a estabilização da tutela brasileira prevista no projeto do novo Código de Processo Civil em discussão no Congresso Nacional. O *référé* francês é, por excelência, o exemplo mais sólido deste instituto.

Em um primoroso trabalho, desenvolvido por Grinover (2005), foi aplicado um questionário a processualistas insignes de diversos países de tradição romano-germânica a fim de se identificar o estágio atual do tratamento atinente ao tema "antecipação de tutela e sua estabilização", chegando-se aos seguintes apontamentos:

> Apesar do caráter de provisoriedade, que não dispensa o processo de conhecimento, comum a muitos ordenamentos em tema de tutela antecipada, em alguns países pode-se chegar à estabilização de tutela, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do *référé* francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos, reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo a natureza de sentença coberta pela coisa julgada (GRINOVER, 2005, p. 14).

No direito francês identificam prestações jurisdicionais, embora provisórias, autônomas e aptas a regular o litígio de forma definitiva. Aponta Paim (2012) que o *référé* francês possui característica de jurisdição sumária material decidida com base na aparência, na verossimilhança, mas, sobretudo, ensejando maior efetividade à tutela dos direitos. É nesse sentido que as tutelas tomadas em *référé* visam ao menos assegurar uma proteção provisória na espera de uma proteção final. No entanto podem ser usadas enquanto substituto eficaz de uma decisão definitiva, uma vez que a lei francesa não designa a obrigação de iniciar um processo de fundo (PAIM, 2012).

Em síntese, a ideia atrela-se a um procedimento extremamente rápido e simplificado, que encontra limite no respeito ao contraditório, quando diante de controvérsias complexas o "juiz do *référé*" envia a causa para uma formação colegial da jurisdição competente (PAIM, 2012).

A principal característica do *référé* é a sua independência com relação ao processo principal. Daí que após a concessão de uma tutela em *référé*, não se exige a instauração de um processo de mérito, sem excluir a possibilidade de a decisão provisória perdurar-se indefinidamente (CHAINAIS, 2007 *apud* PAIM, 2012).

"A decisão, como toda decisão provisória, é suscetível de ser substituída por uma decisão final de mérito, sendo, pois, dependente" (PAIM, 2012, p.107). Todavia, acrescenta o processualista que, o traço processual específico do *référé* é a independência *de fato* da decisão provisória. Como não há obrigação do beneficiário da tutela concedida em instaurar o processo de mérito, é possível que o provisório se torne, de fato, definitivo.

Repisa-se que as decisões não fazem coisa julgada, já que é permitido às partes discutirem a matéria em uma ação ordinária. Mas na prática, as decisões francesas em sede de *référé* acabam por vislumbrar o deslinde do litígio sem a necessidade da plenariedade do feito. É por tal razão que Paim conclui que "embora não tenha poder de impedir a posterior discussão do mérito, os juízos de verossimilhança são respeitados e acabam por ter a autoridade de coisa julgada de fato, em um processo sumário material autônomo" (PAIM, 2012, p. 110).

Por todo o exposto, é inolvidável que o pragmatismo do ordenamento francês, caracterizado por atos processuais informais, eleva a sumariedade material e cognitiva da decisão ao patamar da tão almejada efetividade do processo. Trata-se, destarte, de instituto que merece maior atenção dos estudiosos brasileiros e que, inexoravelmente, servem de inspiração em matéria de estabilização da tutela brasileira.

7 DIREITOS EVIDENTES

Modernamente, a exigência da prestação jurisdicional efetiva reclama tratamento diferenciado para os denominados "direitos evidentes".

Como já levantado anteriormente a efetividade do processo tem íntima relação com tempestividade, que por sua vez exigiu o redimensionamento do sistema processual a fim de se encontrar técnicas mais adaptadas às novas exigências da sociedade moderna.

Para adentrarmos no campo das tutelas de evidência faz-se necessário embasarmo-nos na já estudada teoria da cognição. Ou melhor, baseando-se nos graus de cognição em seus respectivos planos sistematizados por Kazuo Watanabe chegaremos a um escalonamento lógico da intensidade da convicção do juiz.

Como cediço, a cognição exauriente é completa, atinge o mais amplo grau de profundidade no plano vertical e conduz ao tão aclamado juízo de "certeza". Por outro lado, a cognição sumária é superficial, isto é, menos aprofundada no plano vertical e está relacionada com o juízo de "aparência".

Os doutrinadores não são unívonos no que concerne às terminologias adequadas quanto ao significado de cada grau de convicção do juiz. Entretanto, a doutrina que mais se aproxima do sistema processual brasileiro é aquela utilizada por Calamandrei, que esclarece as diferenças entre "possível", "verossímel" e "provável". Para ele, "possível" é o que pode ser verdadeiro, "verossímil" é o que aparenta ser verdadeiro (o que conduz ao juízo de "aparência") e "provável" é o que se pode provar como verdadeiro (mais se aproximando com o juízo de "certeza") (CALAMANDREI, 1962 *apud* WATANABE, 1999, p.127). Assim, essas terminologias conduzem, nesta ordem, uma gradual aproximação do reconhecimento do que é verdadeiro.

A nossa legislação acolheu algumas dessas terminologias como consta do art. 273 do CPC - verossimilhança - e do art. 6º, III do CDC - verossímil, que conduzem ao sentido de alta probabilidade de ser verdadeiro.

Paulatinamente, além da aparência e certeza, pode-se dizer que as transformações sociais trouxeram outro grau de convicção do juiz que conclama tratamento diferenciado: a evidência.

Os ensinamentos do Ministro Fux (2000) são fundamentais para a compreensão do significado de "evidência" e "direitos evidentes".

A evidência não está relacionada com a urgência, mas com a necessidade da prestação de um provimento jurisdicional tempestivo:

> Direito evidente, sob o prisma civil, é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria (FUX, 2000; FUX, 1996).

Mutatis mutandis pode-se aplicar à evidência a técnica utilizada pelo legislador no mandado de segurança que informa a "liquidez e certeza" (FUX, 2000).

O Ministro Luiz Fux já estudava a tutela dos direitos evidentes desde a positivação do instituto da antecipação de tutela. O ilustre processualista defende que a tutela da evidência é

mais ampla e tem como finalidade estender a tutela antecipatória a todo direito evidente, em todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos (FUX, 2000).

A busca da "certeza" dos fatos restou-se utópica modernamente, embora tida como ideal já que privilegia a segurança jurídica não deve ser mais encarada como o cerne para a decisão justa e eficaz. Isto porque as elevadas demandas de litígios, que rotineiramente reclamam solução pelo Poder Judiciário, atrelada a outras questões de cunho econômico-social, inviabilizam a prestação de provimentos jurisdicionais céleres nos moldes da ordinariedade do processo. É por este motivo que a lentidão do processo se tornou praxe no Poder Judiciário brasileiro, que além de trazer insatisfação aos jurisdicionados permeiam um processo ineficaz.

Posto isso, hoje não é mais concebível que a certeza jurídica se revele enquanto pressuposto absoluto do processo. Vale lembrar as palavras de Ricci (*apud* DORIA, 2003, p. 77): "não existem, em suma, nem mesmo aqui, rosas sem espinhos; e quem deseja evitar os espinhos deve ser particularmente cuidadoso ao tocar a rosa". Analogamente, não existe no processo decisões sem riscos. E, se até mesmo o juízo da certeza comporta riscos, não há razão para negar que diante de direitos evidentes deve-se prontamente satisfazê-los. Sob pena de os riscos, que já são inerentes ao processo, se revelarem na esfera material do titular do direito evidente, cujas conseqüências danosas podem se tornar irreversíveis.

Essa deve ser a moderna visão do acesso à justiça em consonância com as técnicas processuais adequadas à satisfação tempestiva dos direitos evidentes e com os postulados da efetividade e duração razoável do processo, mas sem ofensa ao direito de defesa e contraditório.

8 AS ESPÉCIES DE TUTELA E SUAS DIFERENÇAS

Antes de adentrarmos ao campo da discussão quanto às espécies de tutela e suas diferenças, o momento é oportuno para conceituar institutos como: "tutela jurisdicional", "tutela diferenciada" e "tutela antecipada".

Para Marinoni (2010, p. 112-113):

> [...] a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória *reconhecem* o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional). Daí já se percebe que a decisão interlocutória e a sentença constituem apenas técnicas para a prestação da tutela do direito. Ou seja, resposta ou tutela jurisdicional há

> sempre, mas tutela do direito apenas existe no caso em que o processo reconhece o direito, isto é, quando a sentença é de procedência.

Por outro lado, tutela diferenciada "é uma forma de prestação de tutela jurisdicional por métodos diversos dos tradicionais em que a tutela antecipada é um exemplo dessa tutela" (PEREIRA, 2011, p. 30).

Nesta tenda, é imperioso destacar a definição de Grinover (2005, p. 11):

> [...] chamaremos de "tutela diferenciada" aquela que se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário, considerando o paradigma das formas processuais em boa parte do século passado, por possibilitar a solução dos conflitos de maneira segura, cercando o exercício da função jurisdicional das mais plenas garantias e culminando com a sentença de mérito e a estabilidade da coisa julgada.

Neste contexto também são tutelas diferenciadas além daquelas previstas em sede de procedimentos especiais do Livro IV do CPC, aquelas lastreadas com base na combinação dos diferentes graus de cognição já discutidos no *item 4.2*, da qual se insere a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Por fim, inúmeros são os conceitos quanto à tutela antecipada. Para Nery Júnior (1994 *apud* PEREIRA, 2011, p. 30): "[...] é a tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito". A antecipação da tutela, portanto, tem caráter satisfativo uma vez que o juiz decide a lide, ainda que provisoriamente, entregando ao requerente a tutela pretendida, total ou parcialmente, através da técnica de cognição sumária (PEREIRA, 2011). Insta também acrescentar a conceituação trazida por Gonçalves: "a antecipação da tutela consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos da sentença, para uma fase do processo anterior àquela em que normalmente tais efeitos seriam produzidos" (GONÇALVES, 2011, p. 672).

Imperioso acrescentar que a insistência de fundamento *chiovendiano* "no sentido de que só há jurisdição onde há provimento capaz de produzir a coisa julgada material" não passa de uma falácia.

> A idéia de ligar jurisdição a coisa julgada material, que deu origem ao "mito da coisa julgada", está destinada a desaparecer em vista das novas exigências do mundo contemporâneo, que não mais podem esperar a "coisa julgada material" (isto é, a declaração relevante, que somente pode ser produzida pela cognição exauriente) para a realização dos direitos. Não é apenas a qualidade da coisa julgada material que dá conteúdo a um provimento, nem é apenas a tutela marcada pela coisa julgada material que incide sobre as relações substanciais. A tutela satisfativa (de cognição) sumária realiza o direito material afirmado, obviamente incidindo (ainda que, na angulação processual, de forma provisória) sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito através da tutela antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente (MARINONI, 2011b, p. 44).

Salienta-se que tutela cautelar e tutela antecipada não se confundem, embora haja semelhanças uma vez que ambas, genericamente, são de urgência, baseadas em cognição

sumária sem autoridade de coisa julgada. Mas ainda assim, fazem-se necessários esclarecimentos uma vez que tutela antecipada nem sempre é de urgência, e vice-versa.

O nobre jurista explica que:

> [...] não é correto pensar que a *urgência* é a nota caracterizadora da tutela antecipatória, ou melhor, que a tutela de urgência é gênero do qual constituem espécies a tutela antecipatória e tutela cautelar. É que aí faltaria lugar para a tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa. Ora, o que importa, considerando-se o art. 273, *que possui um caput que se refere à tutela antecipatória fulcrada em fundado receio de dano e à tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa, é pensar em um gênero que seja capaz de cobrir estas duas espécies de tutelas*; a urgência, como é óbvio, nada tem a ver com a tutela antecipatória fundada no inciso II do art. 273, e, desta maneira, tem ligação direta apenas com um dos incisos do seu *caput* (MARINONI, 2011b, p. 46).

Por estas razões, tutela antecipada é gênero, que se subdivide nas seguintes espécies: tutela antecipada de urgência fulcrada no risco de dano ou perigo (art. 273, I, do CPC), tutela antecipada fundada em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC) e tutela antecipada fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Portanto, é correta a assertiva de que a tutela antecipada *pode* ser deferida em casos de urgência, embora também possa relacionar-se com a evidência (como nos casos do inciso II e § 6º, ambos do CPC).

É neste sentido que Gonçalves (2001, p. 672) acrescenta que:

> A tutela antecipada permite uma melhor distribuição do ônus da demora no processo, permitindo que o juiz, sendo verossímeis as alegações do autor, conceda antes aquilo que só concederia ao final, quando há perigo de prejuízo irreparável, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou quando determinadas pretensões são incontroversas.

Entretanto, diante dessa assertiva, com a devida *vênia*, faz-se necessária uma observação. A prova inequívoca da verossimilhança das alegações é requisito das antecipações de tutela fundada na urgência (art. 273, I, do CPC) e no abuso de direito de defesa (art. 273, II, do CPC); todavia, a tutela antecipatória em face da parcela incontrovérsia opera juízo de convicção mais robusto do que a mera verossimilhança, afinal diante da resignação de parcela da demanda pelo réu (seja pela não contestação seja pelo próprio reconhecimento) a convicção judicial tem maior proximidade ao juízo de certeza.

8.1 Tutelas de urgência

As tutelas de urgência são concedidas em sede de decisões liminares, isto é, concedidas antes do término do processo, uma vez que "o juiz antecipa para uma fase

anterior, no todo ou em parte, os efeitos que seriam produzidos somente após a sentença, caso não coubesse recurso com efeito suspensivo" (GONÇALVES 2011, p. 672). No sentido etimológico da palavra "liminar" significa limiar ou começo, contudo num sentido mais pragmático deve ser compreendido enquanto a satisfação de um direito antes da decisão final ou, a concessão de uma medida de urgência que assegure a efetividade de outro pedido principal.

Portanto as tutelas de urgência são gênero, do qual se subdividem nas espécies antecipação de tutela fundada no inciso I do art. 273 e medidas cautelares.

São características básicas das tutelas de urgência a sumariedade da cognição, provisoriedade e revogabilidade. Já que a urgência e o risco de dano irreparável são requisitos primordiais ao deferimento das tutelas de urgência, a cognição é sumária fundada no juízo da verossimilhança ou até mesmo o "*fumus boni juris*", o que por sua vez inviabilizam a sua definitividade e, por isso, podem ser revogadas a qualquer tempo, antes da decisão final, em decisão fundamentada (art. 273, § 4º; art. 807, ambos do CPC).

8.1.1 Tutela cautelar / conservativa

As medidas cautelares encontraram-se disciplinadas no Livro III do CPC (arts. 796 e seguintes) e têm como características primordiais a referibilidade, não satisfatividade, além daquelas já mencionadas anteriormente que são comuns ao gênero tutela de urgência.

Nesse diapasão vale transcrever as palavras de Marinoni (2011b, p.106):

> A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é "satisfativa sumária". A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além de assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexiste referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

Em outros termos, esta é a linha de diferenciação entre a tutela cautelar e tutela antecipatória fundada no risco de dano irreparável. Enquanto que a primeira é conservativa ou assecuratória do direito final pretendido, a segunda é satisfativa já que é dotada de concretude ou realização do direito pretendido na inicial.

É o que prevê o Livro III (*Do Processo Cautelar*), Título Único (*Das Medidas Cautelares*): o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente (art. 796, do CPC). Ademais, dispõe o art. 806 do CPC

que cabe à parte propor a ação, no prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

Por fim, a tutela cautelar é sempre de urgência, pressupondo a existência de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ademais, tem como requisito o "*fumus boni juris*" e o "*periculum in mora*". Observa-se, assim, a similitude com os requisitos da tutela antecipada fundada na urgência, embora se deva entender que a verossimilhança exigida na tutela cautelar ("*fumus boni juris*") seja menos intensa que a da antecipada (GONÇALVES, 2011).

8.1.2 Tutela antecipatória / satisfativa

Quando a tutela antecipada é de urgência, ou seja, fundada no receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), exige-se os seguintes requisitos: prova inequívoca da verossimilhança das alegações, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e a não irreversibilidade do provimento.

Quanto ao primeiro requisito supra, faz-se necessário melhor esclarecimento como ponderado por Gonçalves (2011, p. 675):

> A expressão prova inequívoca não pode ser traduzida como prova definitiva, cabal, conclusiva, porque o provimento antecipado é provisório, dado em cognição superficial, já que a definitiva é exigida apenas para o julgamento do processo. A expressão deve ser interpretada como prova consistente que, em exame ainda superficial, sem a oportunidade de prova, seja suficiente para convencer o juiz da verossimilhança das alegações. O juízo emitido será provisório, bastando que o juiz se convença da plausibilidade das alegações.

Ademais, quanto ao requisito da não irreversibilidade, esta se atrela aos efeitos do provimento e não ao provimento propriamente dito uma vez que este, em princípio, sempre poderá ser revertido (GONÇALVES, 2011). Destarte, a irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder a tutela. Em razão disso, o juiz deverá denegar a tutela antecipatória caso a sua concessão possa gerar situação irreversível. *A contrario sensu*, se a denegação gerar efeito irreversível é clara situação de receio de dano irreparável ou de difícil reparação, justificando a concessão da antecipação de tutela. Entretanto, se tanto a eventual denegação quanto eventual concessão da tutela antecipatória puderem acarretar situação irreversível, a solução deverá lastrear-se com base no princípio da proporcionalidade.

Por fim, a tutela antecipatória em análise é satisfativa já que realiza o direito material afirmado, entretanto, é provisória em razão da cognição sumária, requerendo, portanto, confirmação em decisão de mérito *final* (sentença).

8.2 Tutelas de evidência

Tutela de urgência não se confunde com tutela de evidência. Enquanto a primeira tem como requisito a comprovação do perigo de dano e prova inequívoca da verossimilhança das alegações, para a concessão da segunda fica dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como já exposto, evidentes são aqueles direitos incontestes ou ao mesmo impassível de contestação séria (FUX, 2000). Portanto, exigem imediata satisfação uma vez que se encontram num plano muito próximo do reconhecimento da verdade.

Fux (2000) acertadamente assegura que se trata de situações em que se opera mais que o *fumus boni juris*, nas quais a alta probabilidade do direito alegado reclama resultado jurisdicional imediato que não se coadunam com a ordinariedade do processo sem a previsão de técnicas diferenciadas. De tal sorte, a demora do processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante - só após o trânsito em julgado - traz grave desprestígio para o Poder Judiciário e, sobretudo, a injustiça e ilegitimidade da decisão.

Portanto, pretensões deduzidas em juízo que se revelem evidentes, tal como o direito "líquido e certo" (que autoriza a concessão do *mandamus*) ou o direito documentado de plano pelo exeqüente impõem a concessão de tutelas diferenciadas, justas, que só podem ser alcançadas se em tempo razoável.

O projeto do novo código de processo civil prevê quatro situações que se aplicam à tutela de evidência. Dispõe o art. 278 que será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: (i) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; (ii) um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; (iii) a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; (iv) a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

É objeto deste estudo a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).

Antes de adentrarmos ao estudo desta tutela diferenciada, o momento é oportuno para apontar as diferenças entre tutelas de urgência (satisfativas ou cautelares) e a tutela de evidência fundada no § 6º do art. 273, do CPC.

Com relação à tutela de urgência, é fundada na verossimilhança da alegação, em situação de urgência lastreada pelo perigo na demora e *fumus boni iuris*, que enseja a antecipação satisfativa da tutela ou medida cautelar conservativa em sede de cognição sumária. A medida é liminar, cuja decisão é provisória e revogável, inclusive pelo próprio juiz de primeiro grau.

De outra parte, a tutela de evidência prevista no art. 273, § 6º, do CPC, é fundada na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela do pedido e, portanto, na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, visto que independem de prova. Reitera-se que evidência não se confunde com urgência, já que não exige demonstração de perigo de dano irreparável. Não se trata de medida liminar, uma vez que a cognição é exauriente e, portanto, a tutela é definitiva (não exige confirmação) e apta à produção da coisa julgada na hipótese de resignação.

Diante dessas peculiaridades, há necessidade de um estudo mais verticalizado no que concerne à tutela de evidência fundada no art. 273, § 6º, do CPC.

9 TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA INCONTROVÉRSIA DE PARCELA DO PEDIDO OU UM DOS PEDIDOS CUMULADOS

Dispõe o art. 273, § 6º do CPC que: "A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso".

Antes de abordar todos os aspectos que circundam esta tutela diferenciada é oportuna a discussão de algumas indagações teóricas do processo civil para melhor compreensão deste instituto, a saber: Qual o significado de incontrovérsia? Qual ou quais espécies de cumulação de pedidos sugerem a concessão desta tutela? Em que hipóteses estão autorizadas a sua concessão? E finalmente, após a ilustração com exemplos práticos, discutir aspectos mais profundos como a natureza da decisão, o grau de cognição, a aptidão da coisa julgada e recurso cabível.

9.1 A incontrovérsia dos fatos e a sua aplicação procedimental

Dispõe o art. 334 do CPC que independem de prova os fatos admitidos no processo como incontroversos. O mesmo dispositivo remete ao art. 302 do CPC, que trata do ônus da impugnação especificada dos fatos e, por sua vez, dos princípios da eventualidade e da concentração.

Por derradeiro, nosso sistema processual não se coaduna com contestações genéricas e com o emprego de defesas evasivas desprovidas de fundamento. Destarte, a contestação deve ser considerada em face de uma defesa ativa do réu, ou seja, da necessidade de contestação especificada dos fatos constitutivos.

Incontrovérsia significa fatos incontestáveis ou que independem de provas (definição legal: art. 334, III, CPC), que remete à aplicação do § 6º do art. 273 quando, na contestação, parcela da demanda pleiteada não for impugnada ou for reconhecida pelo requerido.

Convém observar, que em termos técnicos, como bem colocado por Barbosa (2011), ao contrário do que sugere a redação do Projeto de Lei n. 166 (projeto do novo código de processo civil), no art. 278, II, a incontrovérsia não é do pedido ou de parte dele, mas dos fatos (causa de pedir remota) que embasam o direito (causa de pedir próxima) do qual o pedido é consectário.

Por outro lado, algumas observações são imprescindíveis no que concerne às regras procedimentais atinentes à incontrovérsia.

Primeiramente, impende deixar claro que a tutela antecipatória do § 6º do art. 273 na hipótese de não contestação de parte dos fatos constitutivos do direito não se confunde com o tradicional julgamento antecipado do mérito a partir da revelia, embora a conseqüência seja a mesma: presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Posto isso, se o réu não contestou fato a fato, parcela da demanda se apresentará incontroversa, aplicando-se o § 6º do art. 273 do CPC. Enquanto que revelia e incidência de seus efeitos relacionam-se à inércia do réu com relação à integralidade da demanda, ou seja, a não apresentação da contestação da ação no prazo legal (art. 319), que remete ao julgamento antecipado da lide nos moldes do art. 330, II, CPC.

Neste contexto, se o réu deixou de impugnar determinado fato alegado pelo autor, ainda que haja impugnação quanto aos demais, deverá implicar no fracionamento do julgamento da demanda. Assim, os fatos incontroversos apresentar-se-ão maduros para julgamento já que independem de provas. De outra parte, com relação à parcela controvertida - impugnada na contestação - deverá seguir curso, implicando em dilação probatória para a formação da convicção do magistrado ao julgamento, ainda que em momento futuro.

Ademais, cabe frisar que a presunção do art. 302 não é, e nem deve ser, automática. Isto quer dizer que não basta a não contestação de determinado fato para, por si só, incidir a presunção de veracidade, já que ainda que o réu não tenha impugnado diretamente um fato alegado pelo autor, a defesa deve ser analisada em seu conjunto. Nesta linha Marinoni (2011a, p. 166) assevera que "é necessária, ainda, a ausência de outras afirmações que possam, ainda que implicitamente, demonstrar a vontade de contestar a alegação"

Além disso, observa o ilustre processualista que se deve considerar que não é apenas a falta de impugnação ou a admissão dos fatos constitutivos que geram a incontrovérsia, haja vista que esta pode se apresentar no decurso do processo, mesmo que após a negação dos fatos constitutivos (MARINONI, 2011a).

Frise-se que não basta a ausência de contestação especificada para a aplicação do § 6º do art. 273, sendo necessário que o juiz verifique se do fato admitido como incontroverso decorre a conseqüência jurídica pretendida pelo autor.

Neste contexto, o legislador criou a tutela antecipada fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, que tem características peculiares e nos remete a uma discussão mais verticalizada no que concerne à natureza desta decisão: é mera tutela antecipada provisória ou é julgamento antecipado parcial da lide nos moldes do art. 330? E mais, se for julgamento antecipado parcial da lide, o nosso sistema admite sentença parcial? Mas antes de adentrarmos nesta discussão estudaremos as espécies que cumulação de pedidos e as hipóteses que autorizam a concessão da tutela em questão.

9.2 Das espécies de cumulação de pedidos

A legislação brasileira permite a cumulação de pedidos - cumulação objetiva - numa mesma demanda, contra um mesmo réu, ainda que entre eles não haja conexão. Entretanto o art. 292 do CPC impõe três requisitos de admissibilidade, a saber: que os pedidos sejam compatíveis entre si; que o juízo seja competente para julgar qualquer deles e; que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (contudo, se cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento permitir-se-á a cumulação se o autor empregar o procedimento ordinário).

A cumulação de pedidos é dividida em duas espécies básicas: cumulação própria e cumulação imprópria (CRUZ E TUCCI; BEDAQUE, 2002 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 203).

Na primeira espécie de cumulação o sistema possibilita o acolhimento de todos os pedidos, diferentemente do que ocorre na cumulação imprópria, em que o acolhimento de um dos pedidos exclui os demais.

A cumulação própria inclui as espécies de cumulação simples e cumulação sucessiva. Em ambas, o demandante busca o atendimento de mais de um pedido ao mesmo tempo.

Na cumulação simples, cada um dos pedidos poderia ensejar ação própria, mas por aspectos ligados ao interesse do autor, as demandas são cumuladas numa verdadeira ampliação do objeto litigioso do processo. Assim, considerando que há autonomia entre as pretensões nesta espécie de cumulação, impende destacar que o julgamento é livre, ou seja, podendo ser considerado procedente um pedido e improcedente outro (ASSIS, 2002 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 204). O sistema apenas veda o julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*.

Na cumulação simples o valor da causa será o valor da soma dos pedidos cumulados. Além disso, cumpre destacar que essa espécie de cumulação gerará uma sentença em capítulos conforme os primorosos ensinamentos de Dinamarco (2002). Ademais, se os pedidos são autônomos é permitida a "desacumulação" na hipótese de incontrovérsia de parcela da demanda como será oportunamente discutido no decorrer do estudo.

Quanto à cumulação sucessiva, diferentemente da cumulação simples, há dependência lógica entre os pedidos. Melhor dizendo, o acolhimento do segundo pedido dependerá do deferimento do primeiro, numa verdadeira relação de prejudicialidade. Assim, se o primeiro pedido não for acolhido, o segundo restará prejudicado.

Deve-se lembrar que nos casos de cumulação sucessiva poder-se-ia existir questões prejudiciais *incidenter tantum*, mas por opção do autor as pretensões são cumuladas na inicial.

Diferentemente da cumulação própria, na cumulação imprópria, a bem da verdade, atende-se à eventualidade, uma vez que apenas um dos pedidos pode ser acolhido.

A cumulação imprópria se subdivide em duas espécies: cumulação alternativa e cumulação subsidiária.

Dispõe o art. 288 do CPC que o autor poderá formular pedidos alternativos quando a obrigação, por sua natureza, puder ser cumprida de mais de um modo. Não há nenhuma relação de hierarquia entre os pedidos alternativos, como é o caso, por exemplo, da hipótese que envolve consignação fundada em dúvida de quem é o real credor.

Por outro lado, na cumulação subsidiária ou eventual (art. 289, CPC) há relação de hierarquia ou preferência entre os pedidos, uma vez que o pedido subsidiário somente será analisado no caso de rejeição do pedido principal. De tal sorte que, a decisão judicial deverá enfrentar o pedido principal e, caso não o acolha, passa-se a enfrentar o pedido subsidiário,

sob pena de proferir sentença *citra petita.* Nada impede, portanto, que o segundo pedido reste prejudicado no acolhimento do primeiro, ou até mesmo que ambos sejam julgados improcedentes.

Diante disso, é de se concluir que inexoravelmente a cumulação própria simples sugere a concessão da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados. É, portanto, uma clara hipótese de "desacumulação" dos pedidos, a fim de se tutelar um direito evidente (já que quanto a este, a causa está madura para ser julgada), mesmo que um dos pedidos ainda controvertido no feito continue a tramitação até a última decisão de mérito.

Além do mais, não é apenas a cumulação própria simples que viabiliza a aplicação do art. 273, § 6º, do CPC. Cumpre salientar que a cumulação sucessiva também pode ensejar a tutela de evidência fundada na parcela incontroversa da demanda, como *data venia*, exemplificado por Marinoni (2011a, p. 195): "[...] nada impede o julgamento antecipado dos pedidos declaratório e constitutivo, como no caso da ação de resolução de contrato cumulada com perdas e danos [...]". Nesta, a reparação por danos é condicionada à resolução do contrato. Entretanto, acrescenta o processualista que se a resolução do contrato já evidenciar-se incontroversa mediante prova documental trazida aos autos em audiência preliminar, só restará o julgamento do pedido controverso relativo à indenização por perdas e danos. Portanto, cabe tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado do pedido da resolução do contrato, aplicando-se o § 6º do art. 273.

9.3 Espécies de pedidos que possam ser julgados antecipadamente

Todas as espécies de pedido podem ser objetos de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados: pedidos declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental.

Marinoni (2011a) alerta que a dúvida poderia se instalar com relação aos pedidos declaratório e constitutivo, visto que se poderia argumentar que tutelas antecipadas não poderiam ter natureza declaratória ou constitutiva já que não se coadunam com decisão provisória.

Este argumento é pertinente em se tratando de tutela antecipada fundada em cognição sumária. Contudo, essa não é preocupação com relação aos provimentos em sede de cognição exauriente.

Cumpre salientar, portanto, que a tutela antecipatória mediante o julgamento antecipado de parcela da demanda é fundada em cognição exauriente, e assim, não é provisória e revogável - conforme oportunamente será demonstrado.

9.4 Hipóteses que permeiam a concessão da tutela de evidência do artigo 273, § 6º, do CPC

São basicamente três as hipóteses que margeiam a concessão da tutela de evidência nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC: (i) não contestação parcial da demanda; (ii) reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados ou parcela de um pedido e; (iii) prova suficiente na inicial para tornar parte da demanda incontrovertida.

9.4.1 Não contestação de parcela da demanda

Como já mencionado, no direito brasileiro a mera não contestação não vincula ao juiz a conceder a tutela antecipatória. Para tanto, é preciso também que dos fatos não impugnados decorram os efeitos jurídicos pretendidos na inicial.

Antes de analisar os efeitos da não contestação no que concerne ao art. 273, § 6º, faz-se necessário relembrar alguns conceitos processuais, e suas diferenças, para inviabilizar dúvidas: confissão, não contestação e reconhecimento jurídico do pedido.

Primeiramente, cumpre salientar que os efeitos jurídicos da confissão, da não contestação e do reconhecimento jurídico do pedido só se aplicam aos direitos disponíveis.

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial, sendo que a primeira ainda pode ser espontânea ou provocada (art. 349, CPC). A confissão espontânea pode ser feita tanto pela parte quanto por seu procurador com poderes especiais em qualquer fase do processo. Já a confissão provocada só pode ser declarada pela parte no seu depoimento pessoal; é dizer, o único momento oportuno é na audiência de instrução e julgamento.

Confissão significa admitir fatos desfavoráveis aos próprios interesses, mas favoráveis à parte adversária. Ademais, fatos alegados por uma parte e confessados pela parte contrária independem de prova (art. 334, II, CPC).

Entretanto, no que concerne a não contestação só haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor se a defesa em seu com conjunto não apresentar afirmações que demonstrem a vontade de impugnar, ainda que implicitamente (art. 319 c/c 302, III, CPC).

Assim, os efeitos da confissão e da revelia podem ser equiparados: tanto a confissão faz prova contra o confitente (art. 350, CPC), quanto a não contestação pode tornar um fato incontroverso, dispensando o autor de prová-los (arts. 302 e 334, III, do CPC) e o juiz de buscar outro convencimento sobre o fato.

Entretanto, deve-se destacar diferença crucial destes institutos com o reconhecimento jurídico do pedido. Tanto na confissão quanto na não contestação, o requerido admite apenas os fatos. Diferentemente do que ocorre no reconhecimento jurídico do pedido, no qual a admissão é mais ampla, que encampa o próprio pedido.

Portanto, a confissão e a não contestação não implicam na automática procedência do pedido do autor, visto que como já mencionado fatos confessados ou não contestados podem não coincidir com os efeitos pretendidos pelo autor na inicial. Logo, como bem esclarece Marinoni (2011a), ambos visam facilitar o julgamento da lide, dado que a admissão de veracidade dos fatos diminui a matéria probatória a ser examinada.

Ao passo que o reconhecimento jurídico do pedido vincula o juiz, que fica obrigado a encerrar o processo com resolução de mérito (art. 269, II, CPC), tornando desnecessário o próprio pronunciamento judicial.

Em se tratando da não contestação atinente à antecipação de tutela contemplada pelo art. 273, § 6º, a não impugnação especificada dos fatos atrelada ao efeito jurídico pretendido pelo autor vinculam ao juiz à prestação da tutela de evidência quando parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados não forem contestados. *Data venia* cumpre ilustrar com um exemplo trazido pelo ilustre Marinoni (2011a, p. 176): "[...] o autor, vítima de acidente automobilístico, pede a condenação do réu ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes [...]". Ademais, continua o mesmo processualista que o réu não nega a responsabilidade que lhe foi imputada, mas afirma serem devidos apenas os danos emergentes.

Assim, se o réu não contesta sua responsabilidade, mas impugna apenas os lucros cessantes, não há razão para não admitir a imediata tutela ressarcitória dos danos emergentes uma vez que se aplica o art. 273, § 6º. Aliás, como já mencionado em outros momentos, não se pode prejudicar o autor que tem razão e beneficiar o réu que não a tem em respeito ao princípio constitucional da efetividade do processo.

Assim, diante da desnecessidade de instrução probatória quanto aos danos emergentes caberá a concessão da denominada tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda.

9.4.2 Reconhecimento jurídico de um dos pedidos cumulados ou parcela de um pedido

Como já afirmado o reconhecimento jurídico vincula ao juiz em prolatar a sentença com resolução de mérito, encerando-se o processo (art. 269, II, do CPC).

Isto é o que ocorre em se tratando da integralidade da demanda. Entretanto quando o reconhecimento jurídico do pedido concernir apenas um dos pedidos cumulados ou parcela do pedido aplica-se o art. 273, § 6º, do CPC.

Fica fácil a compreensão por meio de um exemplo: o autor ajuíza ação condenatória para pagamento de quantia certa no valor de mil reais. O réu reconhece a dívida, mas quanto ao valor de oitocentos reais. Torna-se evidente que parcela do pedido se tornou incontroversa no que concerne aos oitocentos reais, tornando-se controvertidos apenas quanto aos duzentos reais remanescentes.

Neste caso, não é justo que o autor suporte o ônus do tempo do processo até a decisão final de mérito que encerre o procedimento cognitivo em primeiro grau. Assim, se parcela da demanda se apresenta madura para o julgamento - seja porque diz respeito à matéria de direito seja porque independe de instrução probatória - deve-se prestigiar a garantia fundamental da duração razoável do processo.

A solução neste caso é a antecipação da tutela *final* (termo este que será em breve esclarecido) no que concerne à satisfação da parcela incontroversa e, continuar o processo quanto à parcela controvertida que dependerá de instrução probatória.

9.4.3 Suficiência probatória de parcela do pedido ou um dos pedidos cumulados

Diz o art. 331 do CPC que deverá ser designada a audiência preliminar quando o direito admitir a transação, as circunstâncias do caso não tiverem evidenciado a improbabilidade de sua obtenção e se o caso não for de julgamento conforme o estado do processo (extinção do processo - arts. 267 e 269, II a V, do CPC - ou julgamento antecipado da lide - art. 330, CPC). Nesta, será tentada a conciliação, que se infrutífera o juiz deverá sanear o feito nos moldes do § 2º do art. 331, do CPC: decidir questões processuais pendentes, fixar pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento se necessário.

Assim, como bem aponta Marinoni (2011a), a audiência preliminar é o momento mais adequado para que o juiz fixe os pontos controvertidos, uma vez que nesta ocasião poderá

dialogar diretamente com as partes, confrontando argumentos de cada uma delas e pedindo esclarecimentos se for o caso.

Entretanto, ainda que não seja possível a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar (quando as circunstâncias evidenciarem a improbabilidade da transação), o juiz não poderá deixar de fixá-los no despacho saneador. Momento em que, inclusive diante de incontrovérsia de parcela da demanda, seja pela não impugnação seja pelo reconhecimento jurídico seja pela suficiência probatória o magistrado não poderá deixar de aplicar o art. 273, § 6º, do CPC.

No caso de o autor já tiver instruído a inicial com provas dos fatos constitutivos, e ainda que haja impugnação do requerido, se esta não for idônea o suficiente para contrastá-las, o juiz poderá antecipar a tutela ainda que se trate de parcela da demanda.

Nestes mesmos moldes, prevê o projeto do novo Código e Processo Civil:

> Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca (art. 278, inciso III, do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

De outra parte, se o julgador se deparar com o cenário processual que exige produção de prova apenas no que se atine à parcela dos pedidos formulados na inicial, poderá deferir a antecipação dos pedidos que se revelarem incontroversos por não dependerem mais de dilação probatória.

Este raciocínio vai de encontro com as próprias premissas do sistema processual brasileiro, na medida em que existindo provas carreadas aos autos, que se apresentem suficientes à convicção do juiz, inexiste controvérsia acerca do pedido, que restará maduro para o julgamento.

É nesse sentido que Sant'Anna (2005, p. 125) defende que:

> Se a parcela de um único pedido já se encontra perfeitamente comprovada, enquanto outra ainda necessita de dilação probatória, deve o juiz conceder a tutela antecipada da parte que não mais dependa de provas porque não há mais controvérsia.

No sistema processual contemporâneo:

> Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário, a efetiva tutela jurisdicional, *providências de mérito*, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro de "denegação da justiça", sem embargo da vitória serodiamente alcançada no pretório [grifo do autor] (THEODORO JÚNIOR, 1997 *apud* DILAY, 2008, p. 75).

Data venia, vale ilustrar com um exemplo dado por Sant'Anna (2005): Se "A" move ação de indenização em face de "B" em razão de acidente de trânsito, pedindo reparação pelos prejuízos decorrentes de internação hospitalar provocada pelo acidente, pelos gastos com o

conserto com o veículo e lucros cessantes. Se a inicial vier acompanhada de recibos do hospital que comprovem as quantias despendidas com o tratamento médico-hospitalar, ainda que o réu conteste os fatos constitutivos, a impugnação não se mostrando idônea, atrelada à irrefutável demonstração nos autos que torne inconteste um dos pedidos (a reparação pelos gastos médico-hospitalares), parcela da demanda estará pronta para julgamento. Assim, o processo só deverá prosseguir no que refere à produção de prova pericial para comprovação dos gastos do conserto do carro e do lucro cessante.

Portanto, a existência de suporte probatório cabal configura a suficiência de provas que autoriza a apreciação do mérito ainda que somente de um dos pedidos cumulados. Eis o cabimento da antecipação da tutela fundada no § 6º do art. 273, do CPC, que compatibiliza com os ditames constitucionais da efetividade e tempestividade.

9.5 A relativização do princípio da incindibilidade do julgamento

O art. 273, § 6º, do CPC permite ao magistrado julgar, em momentos distintos, os pedidos deduzidos pelo autor, na medida em que um deles ou uma parte deles se apresenta incontroverso. Diante dessas circunstâncias não há como negar a tutela antecipatória.

De acordo com o sistema clássico, não se admite a cisão do mérito. Aliás, esta é a premissa do princípio chiovendiano da unidade ou unicidade: "*della unità e unicità dela decisione*" (CHIOVENDA, 1965 *apud* DORIA, 2003).

Contudo, após a introdução do art. 273, § 6º, do CPC, o princípio da unicidade foi mitigado, relativizando a regra da incindibilidade do julgamento ao permitir a antecipação de parte da tutela pretendida pelo autor.

Bueno (2007) levanta as seguintes indagações a respeito da interpretação do dispositivo: trata-se de mais um "tipo" de tutela antecipada ao lado das situações descritas nos incisos I e II? Ou, diferentemente, o parágrafo 6º não se confunde com uma tutela antecipatória nos moldes do art. 273, e mais se aproxima da chamada "tutela antecipada para julgamento parcial da lide"?

Para este processualista, esta tutela cuida muito mais de uma técnica de desmembramento de pedidos cumulados ou de parcela deles do que, propriamente, de tutela antecipada.

Seria um paradoxo, já que próprio legislador incentiva a cumulação de pedidos pelo autor num único processo (art. 292, do CPC), não permitir o julgamento de parcela da demanda no caso de incontrovérsia. Destarte, trata-se de verdadeira cisão do julgamento. Se o

sistema permite cumular pedidos seria ilógico e irracional proibir a "desacumulação", já que violaria a economia processual e, sobretudo, a efetividade do processo.

De tal sorte, como bem adverte Marinoni (2011b) a cisão do julgamento decorre naturalmente da possibilidade de cumulação de pedidos, caso contrário violar-se-ia o princípio de que se deve prestigiar o autor que tem razão.

Deste modo, não seria justo, nem razoável fazer com que o autor tivesse que esperar o trâmite completo do processo, até o trânsito em julgado da decisão final de mérito, para que satisfizesse um direito evidente que se revelou incontroverso no curso da demanda.

Neste contexto, o provimento jurisdicional fundado no § 6º do art. 273 veio para deixar claro que hoje se admite a cisão do julgamento de mérito com o escopo primordial de concretizar o direito fundamental à duração razoável do processo e acesso efetivo à justiça.

É oportuno acrescentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça recentemente admitiu a cindibilidade do julgamento, aplicando-se o instituto em epígrafe em homenagem à garantia fundamental da duração razoável do processo:

> RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 273, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 273, § 6º, DO CPC. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA LEVANTAMENTO DO VALOR INCONTROVERSO DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. CONSECTÁRIOS DA CONDENAÇÃO.
> CABIMENTO.
> [...]
> 3. Se um dos pedidos, ou parte deles, já se encontre comprovado, confessado ou reconhecido pelo réu, não há razão que justifique o seu adiamento até a decisão final que aprecie a parte controversa da demanda que carece de instrução probatória, podendo ser deferida a antecipação de tutela para o levantamento da parte incontrovesa (art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil).
> 4. Não se discute que a tutela prevista no § 6º do artigo 273 do CPC atende aos princípios constitucionais ligados à efetividade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal, à economia processual e à duração razoável do processo, e que a antecipação em comento não é baseada em urgência, nem muito menos se refere a um juízo de probabilidade (ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório).
> Porém, por questão de política legislativa, a tutela do incontroverso, acrescentada pela Lei nº 10.444/02, não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, inviabilizando o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios).
> [...]
> (REsp 1234887/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 02/10/2013)

Entretanto, como já levantado, o instituto em questão não se confunde com o julgamento antecipado de mérito a partir da revelia, embora a conseqüência seja a mesma: presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Se o réu não contestou fato a fato, parcela da demanda se apresentará incontroversa, aplicando-se o § 6º do art. 273, do CPC. Enquanto que revelia e incidência de seus efeitos

estão relacionadas à inércia do réu com relação à integralidade da demanda, ou seja, a não apresentação da contestação da ação no prazo legal (art. 319), que remete ao julgamento antecipado da lide nos moldes do art. 330, II, CPC.

Neste contexto, se o réu deixou de impugnar determinado fato alegado pelo autor, ainda que haja impugnação quanto aos demais, deverá implicar no fracionamento do julgamento da demanda. Assim, os fatos incontroversos apresentar-se-ão maduros para julgamento já que independem de provas. De outra parte, com relação à parcela controvertida, impugnada na contestação, deverá seguir curso, implicando em dilação probatória para a formação da convicção do magistrado.

Dinamarco (*apud* D ORIA, 2003) critica o sistema brasileiro e aponta que infelizmente o legislador não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), como já ocorre no direito italiano.

Mas de qualquer forma, o § 6º do art. 273 minimizou a regra da incindibilidade do julgamento ao permitir que ainda que não se possa julgar antecipada e parcialmente a lide, possa proferir uma decisão interlocutória de mérito, que antecipa parcialmente a tutela pretendida pelo autor (DORIA, 2003).

Por outro lado, há quem defenda que o instituto em estudo se trata de verdadeiro julgamento antecipado parcial da lide em clara hipótese de julgamento conforme o estado do processo nos moldes do art. 330 do CPC (CUNHA, 2008). Entretanto, ver-se-á no decorrer deste estudo que esta premissa, embora louvável, não se mostra coerente com o nosso sistema processual e, sobretudo, com o recursal.

Ante o exposto, o § 6º do art. 273 reclama a redefinição de alguns conceitos processuais importantes, em particular, sentença e decisão interlocutória.

9.6 Sentença parcial ou decisão interlocutória de mérito?

A doutrina diverge com relação à natureza jurídica da decisão que aplica o instituto contemplado no § 6º do art. 273, do CPC. Em que pese a corrente predominante defenda tratar-se de sentença parcial, ver-se-á que tal entendimento não se coaduna com o sistema recursal vigente, além de desprestigiar a garantia fundamental da efetividade do processo.

Na esteira do embate doutrinário acerca da natureza da decisão, travou-se outro dissídio entre os processualistas, qual seja: a conceituação de sentença e de decisão interlocutória.

A mesma corrente que defende se tratar de sentença parcial entende que sentença se define apenas pelo seu conteúdo nos moldes do art. 162, § 1º, do CPC: "sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, do CPC".

Esse posicionamento, encabeçado por Wambier (*apud* ARAÚJO, 2011), lastreia-se no impacto causado pela Lei n. 11.232/2005, que além de alterar o conceito legal de sentença, introduziu no sistema o instituto do sincretismo processual. É dizer, hoje é inconcebível que sentença põe fim ao processo, mas apenas aplica alguma das situações previstas nos arts. 267 ou 269, já que o processo sincrético admite atos de execução, em continuidade à fase cognitiva, sem a necessidade de um processo de execução autônomo.

Comungam deste entendimento Dinamarco (2009), Carmona (*apud* ARAÚJO, 2011), dentre outros.

Cunha (2008) também defende se tratar de sentença parcial com o fundamento de que o instituto do § 6º do art. 273 não trata de antecipação de tutela, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide nos moldes do art. 330. Ou seja, o autor defende que essa é mais uma hipótese de julgamento conforme o estado do processo e, portanto, cuida-se de sentença parcial.

Na verdade é louvável esta tese, cujo fundamento é o intuito de prestigiar a duração razoável do processo. Entretanto, tal fundamento não se compatibiliza com o nosso sistema processual porque se fosse julgamento antecipado parcial da lide, o legislador teria introduzido o instituto no art. 330 e não no art. 273 do CPC. Ademais, não se deve olvidar que o instituto da revelia consagrado no art. 319 do CPC atrela-se tão-somente à integralidade da demanda, enquanto que a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um ou mais dos pedidos cumulados tem relação com a violação do ônus da impugnação especificada dos fatos.

De outra parte, há uma segunda corrente que defende que não basta o conteúdo (arts. 267 e 268) para caracterizar a sentença, já que também se deve levar em consideração o seu efeito (a extinção do procedimento em primeiro grau). Theodoro Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) é adepto desta corrente e, assevera que a definição de sentença apenas pelo seu conteúdo restaria ilógica diante de uma situação que resolva parte do mérito no curso do processo. *In verbis:*

> [...] Se o pronunciamento não abrange toda a extensão do (s) pedidos (s), deixando questões para solução no decisório final do processo, não se pode ser havido por sentença. Sua natureza dentro da lógica do sistema é a decisão interlocutória, ou seja, de ato que, no curso do processo, "resolve questão incidente" (art. 162, § 2º) (THEODORO JÚNIOR, 2007 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 98).

Esse também é o entendimento esposado por Bueno (2004), ao defender que para caracterizar sentença não basta seu conteúdo, requer-se também a função de encerrar a etapa precípua do processo jurisdicional: a atividade cognitiva.

Nery Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) também entende que a decisão que resolve parcela do mérito é interlocutória. E admite, inclusive, decisões interlocutórias de mérito, como é o caso, *data venia*:

> Se o juiz indefere parcialmente a inicial, pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua relativamente ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito ao se reconhecer a decadência (NERY JÚNIOR, 2008 *apud* ARAÚJO, 2011, p. 99).

Convém acrescentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem admitido a possibilidade de decisão interlocutória de mérito, como exemplificado nos seguintes trechos do acórdão abaixo:

> [...]
> Ação rescisória. Propositura visando à impugnação de acórdão lavrado em sede de agravo de instrumento. Possibilidade, caso a decisão recorrida tenha decidido questão de mérito, com autoridade de coisa julgada.
> [...]
> A ação rescisória pode ser utilizada para a impugnação de decisões com conteúdo de mérito e que tenham adquirido a autoridade da coisa julgada material. Em que pese incomum, é possível que tais decisões sejam proferidas incidentalmente no processo, antes da sentença.
> Isso pode ocorrer em três hipóteses: (i) em diplomas anteriores ao CPC/73; (ii) nos processos regulados pelo CPC em que, por algum motivo, um dos capítulos da sentença a respeito do mérito é antecipadamente decidido, de maneira definitiva; e, finalmente (iii) sempre que surja uma pretensão e um direito independentes do direito em causa, para serem decididos no curso do processo. Exemplo desta última hipótese é a definição dos honorários dos peritos judiciais e do síndico na falência: o direito à remuneração desses profissionais nasce de forma autônoma no curso do feito, e no próprio processo é decidido, em caráter definitivo. Não há por que negar a via da ação rescisória para impugnar tal decisão.
> Recurso especial conhecido e provido.
> (REsp 711794/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 305).

São esses alguns dos motivos pelos quais entendemos que a decisão que aplica o § 6º do art. 273 é interlocutória. Ademais, só poderá ser considerada sentença se, além de ter como conteúdo algumas das situações descritas nos art. 267 e 269 do CPC, também possuir a aptidão de colocar fim à fase cognitiva do processo, levando-nos a concluir que o conceito legal de sentença deve ser revisitado.

Além disso, também se faz necessária a revisitação do conceito atinente à decisão interlocutória, visto que não resolve apenas questão incidente. Neste sentido, o art. 273, § 6º, do CPC, veio ratificar o entendimento já defendido por Nery Júnior (*apud* ARAÚJO, 2011) de que decisões interlocutórias podem resolver o mérito no curso do processo.

Theodoro Júnior (2011) acrescenta que nessa situação é inequívoca a resolução de matéria prevista ou no art. 267 ou no art. 269, ambos do CPC. Neste contexto, indaga o ilustre mestre:

> Seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 597).

Parece óbvio, que em qualquer dessas hipóteses levantadas, o ato judicial não deva ser qualificado como sentença. Este é o posicionamento acertado do mesmo processualista:

> Penso que as situações previstas nos arts. 267 e 269 somente se prestam a configurar sentença (e desafiar apelação) quando põem fim ao processo ou quando resolvem por inteiro o objeto principal do processo pendente de acertamento em juízo (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 597).

Assevera Marinoni (2011a) que é decisão interlocutória, já que se fosse sentença, não deveria ser objeto de recurso de agravo. E como nosso sistema não admite sentenças agraváveis, é decisão interlocutória. Do contrário, o sistema recursal seria incompatível e ilógico.

> Uma decisão tomada no curso do processo, qualquer que seja a sua substância, não pode se submeter ao regime do recurso de apelação, já que os autos devem ser submetidos por instrumento, ao segundo grau de jurisdição, permitindo que o processo prossiga normalmente em primeiro grau (MARINONI, 2011a, p.218).

Para aqueles que defendem se tratar de sentença parcial, nossa sistemática recursal não viabilizaria a execução imediata da tutela de evidência e nem o prosseguimento do curso processual quanto à parcela controvertida da lide.

Portanto, restou-se demonstrado que a decisão que julga parcela da demanda à luz do § 6º do art. 273 é interlocutória, de modo a compatibilizar com o sistema recursal e a racionalidade do sistema que deve prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, o conceito de interlocutória jamais recusou o conceito de mérito, exatamente para dar racionalidade ao sistema recursal (MARINONI, 2011a).

9.7 Recurso cabível

Na esteira do embate doutrinário travado quanto à discussão do rótulo da decisão que aplica o art. 273, § 6º, do CPC, também se discute amplamente acerca do recurso cabível.

Para aqueles que defendem se tratar de sentença parcial, nossa sistemática recursal não viabilizaria a execução imediata da tutela de evidência e nem o prosseguimento do curso processual quanto à parcela controvertida da lide.

Insta lembrar que a apelação é dirigida ao juízo de primeiro grau, enquanto que o agravo de instrumento é dirigido diretamente ao tribunal com cópias dos autos. Desta forma, na hipótese da aplicação do § 6º do art. 273, os autos ainda não podem subir ao Tribunal porque ainda resta parcela controvertida da demanda a ser julgada. Assim, se fosse sentença parcial, dever-se-ia criar uma espécie de recurso no nosso ordenamento: a "apelação de instrumento", criando-se cópias dos autos para remeter ao Tribunal, enquanto que os originais permaneceriam no juízo de primeiro grau para julgamento da parcela controvertida.

Portanto, admitir que se trate de sentença parcial é incompatível com nosso sistema processual já que inexiste apelação no curso do processo e muito menos sentenças agraváveis.

Sob o prisma da discussão com relação à natureza da decisão, Oliveira (2012, p. 84), ao defender que se trata de sentença parcial, aponta que primeiro deve-se definir "apelação", pois "... tem-se de reconhecer em determinada peça essa qualidade (de apelação), para depois, só então, mandar-se autuá-la aqui ou acolá". Além disso, para o mesmo doutrinador deve-se partir da premissa de que sentença é impugnada mediante apelação e, decisão interlocutória mediante agravo.

Por estas razões o mesmo autor acredita que do ponto de vista lógico, seria impossível "agravar de uma sentença". Assim, o mesmo não acredita que mitigar o ditame do art. 513 do CPC, admitindo agravo nos casos de sentenças parciais seja a solução mais razoável. Nessa perspectiva, para ele, representaria um agravo *sui generis* (denominado por ele, *recurso ornitorrinco*) em razão de impugnar uma sentença (parcial, pois resolve - em definitivo - parcela do mérito da causa). É por esta razão que Oliveira (2012), embasa-se na premissa de que não existe proibição na lei de se formar apelação por instrumento e, portanto, o que não é proibido é permitido.

Entretanto, ousemo-nos em discordar de seu posicionamento já que criar uma nova modalidade recursal, além de violar o princípio da taxatividade dos recursos, não nos parece ser a solução mais razoável porque esbarraria com outro entrave à efetividade processual: o efeito suspensivo da apelação.

Ademais a apelação transtornaria a marcha do processo, repercutindo em maior lentidão. Por exemplo, o juiz indefere a petição inicial da reconvenção; acolhe o reconhecimento parcial do pedido; e assim por diante. É inegável nesses casos o cabimento de agravo uma vez que parcela da demanda ainda deve seguir seu curso e, neste caso, a apelação causaria, além da balbúrdia, a inefetividade do provimento jurisdicional.

Nestes termos, diante de decisão que no curso do processo resolve questão de mérito, mas não encerra a fase cognitiva na integralidade do feito, refere-se à decisão interlocutória impugnável por recurso de agravo de instrumento.

Destarte, admitir que a impugnação do ato judicial que resolve definitivamente parcela do mérito no curso da demanda deva ser feito por meio de apelação (ainda que de instrumento) não nos parece a solução mais plausível, até porque o projeto do novo código civil tende a dirimir essa discussão. Neste aspecto, dispõe o art. 271, *caput*: "na decisão que conceder ou negar tutela de urgência e tutela de evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento". Parágrafo único: "a decisão será impugnável por *agravo de instrumento*" (grifo nosso). Esta previsão vem para ratificar que a decisão que aplica o § 6º do art. 273, do CPC atual, é interlocutória.

Entretanto, insta salientar que alguns processualistas defendem que nesta hipótese o recurso de agravo de instrumento deve assumir feição particular. É sabido que o agravo de instrumento, ao contrário da apelação, não admite por ocasião do julgamento a sustentação oral. Porém, Marinoni (2011a, p. 221) defende que em se tratando de:

> Agravo de instrumento contra decisão que aprecia o mérito e produz coisa julgada material, não há como negar às partes o direito à sustentação oral, sob pena de se dar aos litigantes oportunidades diferentes em situações que merecem tratamento idêntico.

Repisa-se a utilização do agravo de instrumento com fundamento na eficiência do sistema recursal, entretanto, acrescenta o ilustre processualista que é "impossível negar às partes, no agravo de instrumento, os direitos e garantias que lhe são atribuídos pelo regime de apelação". Ademais, limitar garantias às partes por ocasião da substituição da apelação pelo agravo de instrumento urge em inconstitucionalidade (MARINONI, 2011a).

Nesta perspectiva, também defende o ilustre processualista que:

> É preciso admitir embargos infringentes contra acórdão não unânime que reformar, em grau de agravo de instrumento, a decisão que julgar a parcela incontroversa da demanda, ainda que os embargos infringentes, segundo o art. 530 do CPC, somente sejam cabíveis, em princípio, diante dos acórdãos proferidos em apelação ou ação rescisória (MARINONI, 2011a, p. 221-222).

9.8 Aptidão à coisa julgada: definitividade da tutela e execução definitiva

Com relação ao grau de cognição da decisão, não é sumária e, portanto, não se aplica a regra da provisoriedade das tutelas antecipadas do art. 273, § 4º. Destarte, trata-se de

antecipação de tutela com características *sui generis* que merecem discussão mais aprofundada.

Se a incontrovérsia dos fatos dispensa dilação probatória é porque a cognição é exauriente. Ademais, acertadamente assevera Marinoni (2011a), que após a introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, que consagrou a duração razoável do processo enquanto garantia fundamental do jurisdicionado, a tutela de evidência fundada na parcela incontroversa da demanda passou a ter caráter definitivo. Aliás, assegura o ilustre processualista se tratar de tutela *final*, dispensando a ratificação do provimento na sentença de mérito final do processo.

Além disso, a decisão interlocutória de mérito que resolve parcela do *thema decidum*, uma vez que esgota a cognição no plano vertical, traz a lume a formação de título executivo (parcial), cuja execução deve ser imediata na hipótese de resignação da parte devedora ou obrigada.

Partindo-se da premissa de que a cognição é exauriente, a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda não é mais um "tipo" de antecipação da tutela ao lado daquelas consagradas nos incisos I e II do art. 273. Portanto, não é tutela de urgência, nem tutela de evidência revogável. É, pois, tutela de evidência definitiva, que independe de decisão final de mérito para satisfação do direito.

Aliás, essa é a previsão do projeto do novo código de processo civil:

> A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será *definitiva* (art. 278, II do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010) – grifo nosso.

O projeto do novo código colocará fim a esta discussão já que prevê no seu art. 283 que:

> As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostra-se incontroverso, caso em que *a solução será definitiva* (art. 283, *caput*, do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010) – grifo nosso.

Posto isso, não se trata de mais uma hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, mas é clara situação de antecipação da própria tutela. Como assertivamente argumenta Araújo (2008), no caso do inciso I do art. 273, o que se antecipa são os efeitos da tutela e não propriamente a tutela, por meio de técnica baseada em cognição sumária, que enseja a sua revogabilidade com base em decisão fundamentada, com fulcro no § 4º do art. 273. Contudo,

esse não é o raciocínio nos casos previstos no § 6º do art. 273, no qual a cognição exauriente dá azo à antecipação da tutela propriamente dita, do próprio pedido, ainda que parcial.

Por todo o exposto, não há de se olvidar que a decisão interlocutória que resolve parte do mérito da causa em sede do art. 273, § 6º enseja a formação da coisa julgada material caso não haja impugnação. Portanto, a imutabilidade dos efeitos da decisão não pode se restringir apenas à "sentença", já que como discutido, a decisão que resolve parcela do mérito no curso do processo não pode ser sentença; ademais, o exaurimento do grau de cognição no plano vertical inviabiliza a revogação da decisão já que violaria direitos fundamentais como a efetividade, além da própria segurança jurídica.

Essa também é a opinião de Figueira Júnior (*apud* ARAÚJO, 2004), que assegura que a antecipação da tutela de parcela do pedido, nada obstante seja interlocutória de mérito, não pode ser provisional, mas satisfativa definitiva, sendo impossível a modificação do conteúdo decisório quando da prolação da sentença de mérito.

Ademais, se o próprio sistema prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecipada fundada em cognição sumária - nos moldes da dos art. 280 e seguintes do projeto do novo CPC, e arts. 1102-A a 1102-C, do CPC, por mais razão não se deve olvidar que a tutela de evidência fundada na cognição exauriente tem aptidão à produção da coisa julgada material.

A irreversibilidade fática característica da estabilização da antecipação da tutela em sede de cognição sumária, em razão da impossibilidade de se retornar ao *stato quo ante* dá azo para o recrudescimento do entendimento de que a cognição exauriente da tutela fundada no art. 273, §6º enseja a formação da coisa julgada material.

Nessa seara cumpre-nos enfrentar outra questão: como será feita a execução (provisória ou definitiva)?

Em caso de interposição de agravo não resta dúvida que a execução será provisória nos moldes do art. 475-O, do CPC.

Entretanto, não havendo impugnação, a decisão transitará em julgado, cabendo execução definitiva, sem a necessidade de caução e sem a incidência do princípio da responsabilidade objetiva (ARAÚJO, 2004).

Ademais, cumpre salientar que nos termos do art. 273 do projeto do novo Código de Processo Civil: "a efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento de sentença definitiva ou provisório".

Nestes termos, a medida que antecipa tutela de urgência opera execução provisória, já que é fundada na cognição sumária. De outra parte, a medida atinente à tutela de evidência insta à execução definitiva, visto que a cognição é exauriente.

Resta indagar, nesse momento, se o nosso sistema está preparado para tais repercussões práticas. Entendemos correta a interpretação de Araújo (2004) de que nosso sistema, na verdade, carece de readaptações em face das novas alterações processuais, pois para permear a execução definitiva da decisão interlocutória transitada em julgado nos moldes do art. 273, §6º, far-se-á necessária a expedição de "carta de decisão interlocutória" e não "carta de sentença", devendo-se ser autuada em apartado, permitindo a execução definitiva da parcela da lide transitada em julgado enquanto a parcela controvertida prossiga seu curso.

De outra banda, não é de hoje a discussão de que decisão interlocutória de mérito – com conteúdo definitivo – permeia a formação da coisa julgada. Outras hipóteses podem ser evidenciadas como o é nos casos de indeferimento de reconvenção, indeferimento de Ação Declaratória Incidental, indeferimento da denunciação da lide, reconhecimento da decadência quanto a um dos pedidos cumulados, etc.

Portanto, pode-se afirmar que a coisa julgada não ocorrerá em momento único. Do contrário, sacrificar-se-ia um direito evidente à custa de um procedimento classista e ineficaz. É por esse aspecto, que é cerne da nossa discussão que a coisa julgada não se vincula tão-só à sentença, esse é um dogma processual que requer desmistificação; pois, só assim, o sistema processual será redimensionado para atender a tão aclamada garantia fundamental da efetividade e tempestividade.

9.9 O conceito de coisa julgada e a desmistificação da sua vinculação à sentença

A coisa julgada promove a estabilização da decisão judicial, inviabilizando a modificação do ato decisório em razão do instituto da aquiescência.

Segundo Dias (2006), o instituto da aquiescência está diretamente relacionado com o princípio dispositivo no âmbito recursal. É dizer, a voluntariedade de recorrer determina a irresignação do recorrente diante dos pontos desfavoráveis a ele na decisão judicial. *A contrario sensu*, quando a parte prejudicada se furta de recorrer exerce o princípio dispositivo resultando na estabilização dos aspectos aquiescidos. Nestes termos, insere-se a formação da coisa julgada, que tem o condão de impedir a reanálise pelo juízo revisor da parte da decisão não questionada via recursal.

Insta acrescentar que a figura da aquiescência exterioriza a preclusão lógica uma vez que a falta de impugnação dos pontos desfavoráveis demonstram comportamento de aceitação e, assim, logicamente incompatível com o exercício da pretensão recursal (DIAS, 2006).

Desta forma, pode-se dizer que a decisão (em sentido amplo) se reveste da coisa julgada no momento em que for esgotada a possibilidade de acesso aos recursos.

Diante disso, se a parte prejudicada não agravar da tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, a decisão interlocutória de mérito prolatada restará acobertada pela coisa julgada material, uma vez que a cognição é exauriente.

Todavia, nos moldes do art. 467 do CPC: "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Com base neste conceito legal a coisa julgada vincula-se tão-somente à sentença, entretanto restará comprovado que tal entendimento é insuficiente.

Como discutido exaustivamente no decorrer deste trabalho, a decisão que aplica o instituto previsto no art. 273, § 6º só pode ser interlocutória de mérito, razão pela qual é agravável - nos termos do art. 271, parágrafo único, do projeto do novo código -, porém se resignada transitará em julgado. Do contrário, esta tutela diferenciada perderia a sua razão de ser já que desprestigiaria a efetividade processual e, inclusive, a segurança jurídica.

Exemplo clássico e indiscutível de que não apenas a sentença enquanto único ato judicial que transita em julgado trata-se da hipótese prevista no art. 557 do CPC. Assim, nem a doutrina nem a jurisprudência discutem a respeito da decisão monocrática do relator que nega ou dá provimento a recurso quando em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557 "caput" e § 1º-A, do CPC). Ora, é inolvidável que se trata de decisão de mérito, aliás, tal entendimento é unânime, todavia não se trata de sentença. Como ficaria então, nestas hipóteses, se não houvesse a interposição de agravo interno? Transitar-se-ia em julgado? Inexoravelmente sim, uma vez não agravada a decisão monocrática nos moldes do art. 557, do CPC, a mesma se torna imutável.

Destarte, esta hipótese confirma a impropriedade da vinculação da coisa julgada apenas à sentença. É dizer, a coisa julgada não se define pelo rótulo da decisão. Em outros termos, o que caracteriza a sua imutabilidade não é a natureza da decisão, mas o grau de cognição.

Desta feita, uma vez esgotada o grau de profundidade do campo probatório a cognição é exauriente, sendo esta a linha de definição da aptidão à coisa julgada. Portanto, não apenas

sentenças e acórdãos podem se tornar imutáveis, mas também se deve considerar que em alguns casos, decisão interlocutória e monocrática do relator (desde que de mérito, em ambos os casos) também podem restar acobertadas pela coisa julgada material, a exemplo do art. 273, § 6º e art. 557 caput e §1º-A, do CPC.

Nestes aspectos, insta ressaltar o acertado posicionamento de Araújo (2008), que analisando o desmembramento da tutela definitiva em razão do amadurecimento precoce de um dos pedidos cumulados, conclui que:

> A decisão de mérito (considerando aquela que aprecia o objeto litigioso do processo ou mesmo a que extingue o processo com julgamento de mérito) pode ser proferida não só mediante sentença, mas também através de decisões interlocutórias de conteúdo meritório capazes de ensejar a coisa julgada (ARAÚJO, 2008, p. 431).

Por fim, se a cognição é exauriente, configura-se decisão definitiva em relação à parcela incontroversa e, sobretudo, clara mitigação do dogma da unicidade de julgamento, capaz de ensejar de um lado decisão interlocutória e de outro, a aptidão à imutabilidade e possibilidade de irresignação via ação rescisória.

9.10 A ação rescisória e a contagem do prazo decadencial

Uma vez não agravada a decisão interlocutória de mérito que defere a tutela de evidência fundada no art. 273, § 6º, do CPC, tornar-se-á acobertada pela coisa julgada material. É, portanto, forçoso concluir que a coisa julgada não se forma em momento único já que parcela da demanda, ainda controvertida, seguirá curso processual até a prolação da decisão de mérito final (sentença).

Nesta seara, é imperioso indagar como se dará a contagem do prazo decadencial para eventual ação rescisória?

Em que pese prevaleça, doutrinariamente, que conceitualmente rescisória é a ação desconstitutiva em face de sentença meritória transitada em julgado (BAPTISTA DA SILVA, 1987 *apud* ARAÚJO, 2008, p. 375); modernamente, deve-se entender enquanto demanda visando desconstituir *decisão de mérito* (ARAÚJO, 2008, p. 375).

Em outros termos, a doutrina quase que unânime reconhece que a ação rescisória é cabível contra decisão - em sentido amplo - desde que de mérito; seja efetivamente sentença, acórdão ou mesmo interlocutória (ARAÚJO, 2008).

Por outro lado, a contagem do prazo bienal para a ação rescisória mostra-se controvertida na jurisprudência dos tribunais. Cumpre, assim, indagar: qual o termo inicial da contagem do prazo bienal?

Nesse diapasão, urge salientar o posicionamento de Araújo (2008), do qual:

> Existindo recurso parcial, o prazo bienal para a rescisória já tem seu início imediato em relação ao capítulo não impugnado e transitado em julgado, assim como este, poderá desde já ser executado (interna ou externamente) de forma definitiva (ARAÚJO, 2008, p. 384).

Esse também é o entendimento esposado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal, 4ª Região, *in verbis:*

> PROCESSUAL CIVIL AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO PARCIAL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. O prazo de decadência para propor a ação rescisória não se conta da última decisão proferida no processo, quando esta não guarda qualquer pertinência com a ação rescisória. Conta-se o prazo, isto sim, a partir do momento em que transitou em julgado a parte da decisão que o autor pretende rescindir. Agravo regimental desprovido. (TRF 4ª T.- 3ª S. – AGRAR – 9704443315/RS – Rel. Juiz João Surreaux Chagas – j. em 18.02.1998 – DJ 18.03.1998, p.501).

Entretanto, observa-se precedente em sentido contrário a este aduzido, que defende a coisa julgada em momento único, *data vênia*, citado por Araújo (2008, p. 386-387):

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NA CAUSA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. Recurso especial improvido. (REsp. 705.354/SP – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto- j. em 08.03.2005 – DJ 09.05.2005, p. 373).

É neste sentido que a súmula n. 401 do Superior Tribunal de Justiça orienta: "o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

Entretanto, entendemos que esta orientação não se aplica à decisão interlocutória de mérito nos moldes do art. 273, § 6º, do CPC, pelas razões que serão expostas.

Primeiro, em análise dos precedentes que originaram a súmula n. 401 do Egrégio Tribunal Superior, insta destacar o entendimento de Gonçalves (2011, p. 451):

> O termo inicial é o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão. Quando o recurso for conhecido, o acórdão substitui a sentença e ele é que será rescindido. Assim, o prazo começará a partir do dia seguinte ao último dia que as partes tinham para interpor outros recursos contra ele.

Mas a problemática se insere no caso de inadmissão ou não conhecimento do recurso, uma vez que não há que se falar em efeito substitutivo e logo, o que transita em julgado é a sentença. Por esse motivo, dever-se-ia contar o trânsito em julgado da sentença e não do acórdão que não admitiu ou não conheceu do recurso.

Todavia, a aplicação deste princípio poderia trazer à baila sérios problemas já que eventualmente o Tribunal poderá levar mais de dois anos para proferir o acórdão e, logo, automaticamente, a parte decairia do direito de propor a rescisória.

São essas as razões que levaram ao entendimento esposado pelo STJ na edição da súmula n. 401. Vale dizer, mesmo que o recurso não seja conhecido, o termo inicial do prazo da rescisória não retroagirá, mas será sim contado do trânsito em julgado da última decisão, salvo demonstrada má-fé.

Já com relação à contagem do prazo quando se tratar de partes distintas da sentença transitadas em julgado em momentos distintos, quando há apelação parcial, acrescenta Gonçalves (2011, p. 451) que: "o objeto do recurso não transita em julgado, mas a parte incontroversa sim". Aliás, o STJ tem entendido que: "Se as partes distintas da sentença transitarem em julgado em momentos também distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial próprio" (STJ, 6ª Turma, REsp 212.286, rel. Min, Hamilton Carvalhido *apud* GONÇALVES, 2011, p. 451).

É nesse sentido que conclui Gonçalves (2011, p. 452) que "se o objeto da rescisória é decisão interlocutória que examina o mérito, o prazo de dois anos correrá a partir do momento em que ela transite em julgado, e não somente após o julgamento final do processo".

Ademais, imperioso destacar que esse também é o entendimento de Bebber (2009), que defende a possibilidade da formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. Para o mesmo, diante de recurso parcial da sentença, cada capítulo autônomo da sentença transita em julgado em momento distinto e; assim sendo, cada um deles terá a sua própria contagem do prazo decadencial para fins de ação rescisória. É neste contexto que se insere o entendimento, inclusive sumulado, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 100, II, do TST).

Destarte, é inequívoca a possibilidade de trânsito em julgado no curso do processo à luz da tutela de evidência fundada na incontroversa da demanda. Diante disso, para quem não entenda que nem sempre o processo comporta único trânsito em julgado, indaga-se: como ficaria, portanto, se a parcela incontroversa fosse executada e cumprida em definitivo antes da prolação da decisão de mérito final de primeiro grau (sentença)?

Ora, se houve aquiescência em relação à parte incontroversa e a parte devedora cumpriu a obrigação, o conteúdo meritório da decisão restará imunizado pela coisa julgada, sob pena de se colocar em risco a estabilidade do sistema processual.

Ante o exposto, *data venia*, não resta logicidade o entendimento de que o trânsito em julgado ocorre sempre em momento único no processo, ratificando o posicionamento de que o conceito de coisa julgada não se vincula ao de sentença.

9.11 Coisa julgada ou estabilização da tutela?

Como explicitado no *item 6,* a proposta do instituto da estabilização da tutela em sede de cognição sumária prevista no projeto do novo Código de Processo Civil, discutida no Senado Federal, é digna de aplausos, já que além de prestigiar a economia processual, garante a efetividade do processo sem violar a ampla defesa. Ou seja, em que pese tratar-se de nítida hipótese de contraditório eventual e até mesmo invertido dá azo à composição do litígio em ação sumária autônoma e, sobretudo, à tempestividade dos direitos. Em outros termos, a decisão que concede a tutela antecipatória com base no juízo de verossimilhança, seja antecedente seja incidental, mantém sua provisoriedade até que eventual ação ordinária venha a ser proposta.

Destaca-se que, assim como no *référé* francês, o escopo do instituto da estabilização da tutela antecipatória é garantir a tempestiva tutela dos direitos com base na sumariedade da cognição; todavia, possibilitando o exame e debate integral dos fatos em eventual e posterior ação ordinária. Dito de outra forma, ainda que não instaurada a ação plenária a decisão que concede a tutela sumária mantém a sua autonomia, embora sem o condão da imutabilidade.

Nas palavras de Theodoro Júnior e Andrade (2012), diferentemente das cautelares e das antecipações de tutela previstas na legislação atual, que não têm vida própria, já que só existem em razão de um processo principal; a estabilização da tutela antecipatória tem fulcro na autonomia e independem, portanto, de confirmação em decisão de mérito. Trata-se de verdadeira "autonomização ou desvinculação da tutela sumária daquela de cognição plena [...]" (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2012, p. 18).

Repita-se que se admite que a decisão de cognição sumária tenha força para resolver o litígio por si só, independentemente da instauração do processo de conhecimento de cognição plena. Por este motivo Theodoro Júnior e Andrade (2012, p. 41) apontam que:

> Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada material, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena.

Conforme se extrai dos artigos 281, § 4º, 283 e 284, § 2º, do PL n. 166, 2010, do Senado Federal – bem como do art. 273, § § 10 a 12, do PL n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados - mesmo com o ajuizamento da ação principal a medida concedida no procedimento antecedente mantém seus efeitos enquanto não revogada. Ademais, infere-se que qualquer das partes poderá, em qualquer tempo, propor a ação principal, ordinarizando-se o feito. Entretanto, Theodoro Júnior e Andrade (2012) levantam a seguinte questão que merece atenção: extinto o procedimento antecedente e estabilizada a antecipação de tutela

nele deferida, a possibilidade de apresentação de ação de cognição plena não pode ser eterna. Por isso, para eles, a solução deveria ser encontrada no instituto da prescrição; ou seja, encerrado o prazo prescricional da pretensão de rediscutir o direito material efetivado, mesmo sem passar em julgado a decisão de cognição sumária, esta se torna definitiva.

Após todas estas considerações o momento é oportuno para levantar algumas questões relacionadas à antecipação de tutela fundada na incontrovérsia da demanda. Assim, partindo-se da premissa de que a cognição é exauriente e, portanto, a decisão é definitiva, pergunta-se: caso não agravada a decisão que defere a tutela antecipatória no prazo legal de 10 dias, opera-se a coisa julgada material ou a estabilização da tutela?

Como já discutido no item 9.9 não é o rótulo da decisão (sentença de mérito) que define a coisa julgada, mas sim o grau de cognição. Se esgotado o grau de cognição na linha vertical é porque se exaure o exame do conteúdo probatório, razão pela qual se legitima a execução definitiva do provimento jurisdicional.

Na esteira do embate doutrinário quanto à discussão da natureza da decisão que aplica o § 6º do art. 273 do CPC atual, para aqueles que ainda não admitam que se trate de decisão de mérito e logo, a possibilidade da coisa julgada, ao menos deverão admitir a estabilização.

Ora, se é admitido doutrinariamente, e inclusive diante da previsão no projeto do novo Código de Processo Civil o instituto da estabilização de tutela em sede de cognição sumária, por mais razão diante da incontrovérsia (ainda que da parcela da demanda), fulcrada na cognição exauriente, há de se admitir a autonomização da decisão fundada no § 6º do art. 273.

Em outras palavras, se a cognição é exauriente independe de confirmação em decisão de mérito final. A decisão interlocutória é definitiva e, portanto, no mínimo autônoma ou estabilizada.

Na verdade não se deve olvidar que se trata de decisão de mérito. Até porque, ninguém discute que pedido é mérito e, se o réu não contesta a demanda (ainda que parcela dela), opera-se a cindibilidade do julgamento que resolve parcela do mérito. É, portanto, sim decisão de mérito (interlocutória), passível de recurso de agravo. Mas caso resignado, em face da autonomia da parcela incontroversa com relação àquela ainda controvertida, não há razão para aguardar o deslinde final do processo para só então executar a decisão de forma definitiva, razão pela qual se opera a coisa julgada em nítida sintonia com a segurança jurídica.

Ademais, se o próprio sistema prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecipada fundada em cognição sumária - nos moldes da dos art. 280 e seguintes do projeto do novo CPC, e arts. 1102-A a 1102-C, do CPC, por mais razão não se deve olvidar que a

tutela de evidência fundada na cognição exauriente tem aptidão à produção da coisa julgada material.

Por todo exposto, faz-se necessária a seguinte indagação: qual a diferença entre estabilização e coisa julgada material?

Como sabido e já discutido anteriormente, opera-se a coisa julgada em face da decisão que não caiba mais recurso. Neste caso, a decisão se torna imutável em razão da voluntariedade de não recorrer da parte prejudicada. Em termos práticos, veda-se a qualquer das partes a rediscussão do mesmo pedido não só no processo extinto, como também em qualquer outro processo futuro.

Já com relação à estabilização, dispõe o art. 284, § 2º, do PL n. 166, de 2010, do Senado Federal, que: "A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes".

Assim, é forçoso inferir que a coisa julgada parece ser mais ampla que a estabilização. Enquanto a coisa julgada (em sede cognição exauriente) impede a reanálise da causa em termos absolutos; a estabilização (sob mera cognição sumária) mantém os efeitos da tutela deferida até que posterior decisão de mérito a revogue. Consigne-se que a possibilidade de rediscussão do préstimo jurisdicional estabilizado não pode ser *ad aeternum.* Daí porque entendemos que o lapso para instauração da ação plenária deve respeitar o prazo prescricional da respectiva ação judicial.

Nesta esteira a Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, bem como ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, que é parte da emenda aglutinativa à proposta do novo Código de Processo Civil aprovado recentemente nesta casa, prevê em seu artigo 305, § 5º que o direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que estabiliza a tutela extingui-se em 2 (dois) anos.

Outrossim, dispõe o § 1º do art. 284 do projeto de lei n. 166, de 2010, do Senado Federal, ao tratar da estabilização que: "Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento".

É inolvidável que a coisa julgada veda a rediscussão da causa, inclusive em ação futura, salvo sob novo fundamento. Neste caso não se trata de ação idêntica a repropositura de um mesmo pedido, sob os mesmos fatos, entretanto lastreados em outros fundamentos jurídicos. Observe que é exatamente o que dispõe o § 1º do art. 284 do projeto do novo código e, portanto, repita-se: qual a linha divisora entre coisa julgada e estabilização?

Independentemente dessa zona cinzenta, não há que se discutir que, seja via coisa julgada seja via estabilização da tutela, em termos práticos, ambas produzem o mesmo efeito: a viabilidade da execução. Aliás, este é o cerne das discussões na elaboração do novo código processual – a desburocratização e, sobretudo, a efetividade do processo.

10 COMPARAÇÃO ENTRE AS DISPOSIÇÕES DOS PROJETOS DE LEI ATINENTES À PROPOSTA DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O projeto de lei n. 166, de 2010, do Senado Federal apresenta uma série de diferenças estruturais com relação ao projeto de lei n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados, das quais merecem uma análise comparativa, sobretudo, no que concerne à disciplina do instituto das antecipações de tutela e recursos atinentes.

O projeto apresentado pelo Senado Federal é uma verdadeira proposta de um novo código de processo civil, que apresenta modificações louváveis e substanciais quanto ao procedimento da antecipação de tutela. Ele prevê uma divisão estrutural no Título IX do Livro I (Parte Geral) entre Tutelas de Urgências e Tutelas de Evidência.

Como pormenorizadamente discorrido no curso deste trabalho, este projeto disciplina a contento a aplicação do instituto consagrado no § 6º do art. 273 do atual CPC.

Por outro lado, o projeto de lei n. 2.963, de 2011, da Câmara dos Deputados, não trata de proposta de novo código, mas, tecnicamente, de uma reforma do CPC de 1973.

No que concerne às antecipações de tutela, seria mantido o *caput* e incisos do atual art. 273, mas com acréscimos de alguns parágrafos, dentre os quais a previsão da estabilização da tutela fundada em cognição sumária (art. 273, §§ 10 a 12, do PL n. 2.969, 2011).

Destaca-se que com relação à estabilização da tutela, os projetos discutidos nas Casas do Congresso Nacional não apresentam diferenças crucias, salvo com relação à previsão da qual a estabilização não se confunde com coisa julgada (§ 12 do art. 273, do PL n. 2.969, 2011); questão essa que o projeto do Senado vislumbrou dada zona cinzenta na diferenciação destes institutos como já discutido anteriormente (§ 1º do art. 284, do PL n. 166, 2010).

Assim, não é de se olvidar que a consagração da estabilização da tutela no nosso ordenamento, enquanto proposta de autonomização do instituto da antecipação de tutela fundada em cognição sumária é merecedora de aplausos, vez que possibilitará a resolução dos litígios, sem a necessidade de se ordinarizar o feito, se assim for optado pelas partes. Será permitida a propositura de ação plenária posterior, com o escopo de rediscutir a matéria que pode, inclusive, ter seus efeitos revogados.

Com relação à disciplina recursal, frise-se que o projeto de lei do Senado Federal prevê expressamente o cabimento de agravo de instrumento para atacar a decisão (interlocutória) que aplica a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda (art. 271, Parágrafo Único, do PL n. 166, de 2010, do Senado Federal). Já o projeto de lei da Câmara dos Deputados dispõe em seu art. 522, inciso X, que "cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa". Neste sentido, como já abordado anteriormente não há dúvidas de que a resolução de parcela incontroversa da demanda é veiculada em sede de decisão de mérito, até porque prescinde de confirmação em decisão de mérito final; razão pela qual é apta à formação da coisa julgada.

É mister acrescentar que, conforme previsão do projeto de lei da Câmara dos Deputados, o atual art. 520 do CPC não será revogado, o que significa que a apelação continuará, como regra, sendo recebida no duplo efeito.

Se for mantida esta disciplina, por mais razão há de se ratificar o descabimento do recurso de apelação contra a decisão que aplica o § 6º do artigo 273 do CPC, em face de todas as razões já discutidas neste estudo. Repita-se, criar uma nova modalidade recursal ("apelação por instrumento"), além de violar o princípio da taxatividade dos recursos, representar-se-ia insofismável afronta à duração razoável do processo, ao menos enquanto o sistema mantiver a regra dos efeitos suspensivos da apelação.

11 PANORAMA LEGISLATIVO ATUAL REFERENTE AO INSTITUTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA NA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Recentemente, em 05 de novembro de 2013, a Câmara dos Deputados aprovou parte da proposta do novo Código de Processo Civil, relativa aos artigos 1º ao 318. O curioso é que parece que o instituto da tutela de evidência ora estudado, fortemente prestigiado pela Casa iniciadora (Senado Federal) sofreu um brusco declínio das suas discussões na Câmara dos Deputados.

Ocorre que o projeto de lei n. 2.963, de 2011, optou por manter o atual "caput" do artigo 273 do CPC, com alteração e seus parágrafos, excluindo-se a disposição do atual § 6º do mesmo dispositivo. Posteriormente, a emenda aglutinativa substitutiva global votada pela Câmara dos Deputados em novembro de 2013 preferiu por extirpar do sistema a tutela

fundada na incontrovérsia de parcela da demanda dentre as tutelas de evidência arroladas no artigo 306 da referida emenda.

Diante deste cenário resta perquirir quais seriam as razões que teriam levado a Casa revisora (Câmara dos Deputados) em desprestigiar por completo o instituto ora estudado. Parece não ser por outra razão senão relativas às questões políticas. Conquanto, há de se ponderar, com o devido respeito, que este posicionamento revela no mínimo uma violação ao direito fundamental consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

De qualquer modo há de se aguardar a definição do texto legislativo que vigorará, na medida em que diante da emenda apresentada o projeto retornará ao Senado Federal (Casa iniciadora), conforme dispõe o Parágrafo Único do artigo 65 da Constituição Federal.

Não obstante, nota-se, *data venia*, gritante retrocesso se for mantido a atual disposição apresentada pela Câmara dos Deputados. Vale dizer, enquanto o projeto de lei do Senado Federal regulamenta a matéria em nítida sintonia com a almejada efetividade e duração razoável do processo (garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal), a emenda aprovada pela Câmara dos Deputados simplesmente excluiu o instituto do sistema, ignorando-se as garantias processuais constitucionalmente consagradas.

Agora é o momento oportuno de se regulamentar a matéria a fim de colocar uma pá de cal nas discussões atuais, vez que o nosso sistema processual já tem maturidade suficiente para dirimir as divergências amplamente discorridas no presente estudo.

Ademais, a não regulamentação do instituto consagrado no § 6º do art. 273, do atual CPC, além de desprestigiar garantias processuais fundamentais, perder-se-ia uma excelente oportunidade de avançar ainda mais na disciplina do tema "Antecipações de Tutela", mantendo-se resquícios de um sistema tradicionalista e ineficaz.

Frise-se que o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral a adoção de medidas destinadas a realizar este objetivo. A efetividade do acesso à justiça só pode ser assegurada a partir de adequada conformação no plano legislativo e, destarte, requer-se a urgente regulamentação da matéria atinente à tutela de evidência fundada em incontrovérsia de parcela da demanda.

12 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, forçoso concluir que a decisão que defere a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados ou de parcela do pedido pode ser

definitiva, razão pela qual não se aplica, em termos absolutos, a regra da provisoridade das tutelas antecipadas. Esta regra atrela-se às medidas liminares, seja em sede de antecipações de tutela satisfativas seja cautelares (ambas fundadas em cognição sumária).

A incontrovérsia dos fatos é reconhecida em decisão fundada em cognição exauriente, não podendo ser equiparada ao mero juízo de verossimilhança, que por seu turno ampara-se em cognição sumária. Portanto, o instituto ora estudado não requer confirmação em decisão final de mérito, em decorrência do exaurimento do grau de cognição no plano vertical.

A decisão é interlocutória, inclusive de mérito, já que resolve parcela incontroversa no curso do processo. Aliás, este é o motivo pelo qual só pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento a fim de permitir atos de execução, enquanto a parcela controvertida prosseguir a devida dilação probatória no bojo do mesmo processo. Consigne-se que a parcela controvertida da demanda ensejará a sentença somente ao final da fase cognitiva de primeiro grau.

Por derradeiro, o instituto consagra a aptidão à execução definitiva caso não interposto o agravo de instrumento no prazo legal de 10 dias. Sendo assim, não é o rótulo da decisão que define a aptidão à coisa julgada, afinal o entendimento de que tão-somente a sentença pode ensejar a imutabidade da decisão equivaleria a um sistema ineficaz e clara afronta ao direito fundamental da duração razoável do processo e proteção judicial efetiva.

Posto isso, a coisa julgada não é definida pelo rótulo da decisão, mas sim pelo grau de cognição no plano vertical. É a cognição exauriente que tem o condão de produzir a coisa julgada, independentemente da natureza da decisão como sugere o art. 467 do CPC.

Outrossim, para aqueles que ainda assim não admitam a aptidão à imutabilidade dos efeitos da decisão que aplica a tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda, ao menos deverão ter se convencido de que a tutela se estabiliza nos termos expressamente previstos nos projetos de lei em discussão no Congresso Nacional. Repita-se: na hipótese de resignação da parte devedora, a tutela antecipada ao menos se estabiliza (seja em sede de cognição sumária seja exauriente).

Neste contexto, é inolvidável a autonomia da decisão ora estudada, razão pela qual, seja em face da aptidão à imutabilidade seja diante da sua estabilização, em ambas as situações o efeito prático deve ser o mesmo, qual seja: a plena satisfação do direito incontroverso rumo ao acesso à justiça efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo,** v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A "plenitude de defesa" no processo civil. *In:* MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Curso de direito processual civil. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: As tutelas de urgência e evidência no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo,** v. 36, n. 194, p. 243-276, abr. 2011.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo.** São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 4.

BEBBER, Júlio César. Recurso parcial e formação gradual da coisa julgada sob o enfoque dos capítulos de sentença. **Revista LTr.,** v. 73, n. 9, p. 1072-1078, set. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Cassio Sacarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 43.

_____.**Tutela antecipada.** São Paulo: Curso preparatório para concurso, 2004.

_____. **Tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud en el processo civil: Estudios sobre el processo civil. *In:* WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: RT, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a sentença arbitral parcial. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO. Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. *Apud* ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo,** v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le process civil en droits français et itelien *In:* PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. *In:* DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). Causa de pedir e pedido no processo civil. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Leandro Reinaldo. Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito. **Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo,** v.1 2, n. 14, p. 259-271, 2008.

DIAS, Jean Carlos. A configuração da coisa julgada parcial e suas repercussões processuais no âmbito do cumprimento das sentenças. **Revista de Processo,** v. 31, n. 135, p. 267-276, maio 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A terceira etapa da reforma processual civil. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. *In:* DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Capítulos de Sentença.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, v.2, 2009.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. *Apud* ARAÚJO, José Henrique Mouta. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? **Revista de Processo,** v. 29, n. 116, p. 207-230, jul./ago. 2004.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

_____. **Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada).** São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem economômica na Constituição de 1988. *In:* ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & Resolução parcial do mérito.** Curitiba: Juruá, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. *In:* CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil.** 1. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 93-94.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Antecipação da tutela.** 12. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Técnica Processual e tutela dos direitos.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. *In:* PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de. O espírito das leis. *In:* PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1º, que não alterou o conceito de sentença. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Atualidades sobre o processo civil: a reforma do CPC brasileiro de dezembro de 1984. *In:* PEREIRA, Rafael Caselli. **Tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda: compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional.** São Paulo: LTR, 2011.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. A "interlocutória faz de conta" e o "recurso ornitorrinco" (Ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). **Revista de Processo,** ano 37, n. 203, p. 74-95, jan. 2012.

PAIM, Gustavo Boher. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PARÁ FILHO, Tomás. A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo Código de Processo civil. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rafael Caselli. **Tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda: compreensão dogmática à luz dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional.** São Paulo: LTR, 2011.

RICCI, Edoardo F. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *In:* DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.** 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Hipóteses para concessão da tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda (art. 273, §6º, do CPC). **Revista de Processo,** São Paulo, v. 30, n. 121, mar. 2005.

TERRA, Rogério Luiz dos Santos. A antecipação de tutela do pedido incontroverso: questões polêmicas derivadas do art. 273, §6º, do Código de Processo Civil. **Revista Forense,** v. 412, p. 251-264, nov./dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2011.

_____. Tutela antecipada e tutela cautelar. *In:* DILAY, Wagner. **O pedido incontroverso e a antecipação dos efeitos da tutela: posições doutrinárias e o acolhimento incipiente dos tribunais.** Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo,** ano 37, n. 206, p. 13-59, mar. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O agravo e o conceito de sentença. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 32, p. 244, 2006.

_____. Os agravos no CPC brasileiro. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** São Paulo: Ed. RT, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. *In:* ARAÚJO, Luciano Vianna. **Sentenças parciais?** São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de recebimento: 21/09/2015

Data de aceitação: 09/12/2015

CELERIDADE E EFICÁCIA NO NOVO CPC

SPEED AND EFFICIENCY THE NEW CPC

TIAGO NASR BUENO DE MORAES*
PETER PANUTTO**

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de analisar as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil à luz da duração razoável do processo e de sua eficácia. A escolha do presente tema foi motivada pelo insaciável anseio da população brasileira em ter uma solução para os seus litígios dentro de um prazo razoável e pela respectiva crise que passa o Poder Judiciário, principalmente nas últimas décadas, em relação à morosidade processual, o que coloca em risco o alcance da finalidade do processo. Para se chegar à compreensão da finalidade do processo, dos motivos e possíveis soluções da crise e para se estudar as alterações trazidas pelo novo diploma processual, foram utilizados livros, artigos de periódicos especializados, pesquisas sobre o desempenho do Judiciário e sítios da internet pertinentes ao assunto. O Novo Código de Processo Civil veio com a promessa de atenuar tal crise com a simplificação do procedimento. Entretanto, como será demonstrado ao longo do texto, foi ele inspirado, em grande parte, por vetores contrários à razoável celeridade processual, gerando um risco real de se agravar a crise existente desde sempre em nosso Judiciário. Por conta disso, a população brasileira continuará cada vez mais reclamando da morosidade do processo e cada vez menos confiando na capacidade do Estado em resolver seus litígios.

Palavras-chave: Escopos do Processo. Crise do Judiciário. Celeridade. Eficácia. Novo Código de Processo Civil.

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Católica de Campinas (2015). Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora para obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação do Professor Doutor Peter Panutto. Campinas/SP – Rua Barreto Leme, 1083 – CEP 13010.201 – Telefone (19) 3817.3994 E-mail tiagonasr@hotmail.com.

** Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2004). Mestre em Direito - Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (2012). Doutor em Direito - Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro do Núcleo de Fé e Cultura da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Diretor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas/SP – Avenida Washington Luis 1800 – CEP 13042-901 – Telefone (19) 3271.4300 – E-mail – ppanutto@hotmail.com

ABSTRACT

This research aims to analyze the changes brought by the New Code of Civil Procedure in the light of reasonable duration of the process and its effectiveness. The choice of this theme was motivated by insatiable longing of the Brazilian population to have a solution to their disputes within a reasonable time and its crisis that passes the Judiciary, especially in recent decades, in relation to procedural delays, which puts at risk the achievement of the purpose of the process. To arrive at an understanding of the purpose of the process, of the reasons and possible solutions to the crisis and to study the changes brought by the new law of procedure were used books, journal articles, research on the performance of the judiciary and internet sites relevant to the subject. The new code of Civil procedure came with the promise of alleviating this crisis with the simplification of the procedure. However, as will be demonstrated throughout the text, he was inspired in large part by vectors against reasonable procedural swiftness, creating a real risk to aggravate the existing crisis forever in our judiciary. Because of this, the brazilian population will continue increasingly complaining about the slowness of the process and less trusting in the ability of the State to solve their disputes.

Keywords: Process scopes. Crisis in the judiciary. Celerity. Effectiveness. New code of Civil procedure.

INTRODUÇÃO

A busca pelo escopo do Processo depende do momento histórico e cultural em que tal investigação é conduzida. Entretanto, desde a sua origem, o Processo tem como meta uma duração razoável, de forma que possa atingir a finalidade para a qual é destinado, seja ela qual

for. Também se busca, desde os primórdios, alcançar os fins do processo, pois nada é criado se não for para atingir seus próprios objetivos.

Com o advento da legislação, diversas mudanças foram feitas para que o processo pudesse ser minimamente célere e eficaz.

Contudo, nas últimas décadas, o Poder Judiciário vem sofrendo uma enorme crise devido à morosidade excessiva dos processos, bem como à falta de eficácia para fazer com que aqueles alcancem seus reais objetivos. Se um dos escopos do processo é a entrega da tutela jurisdicional a quem tem razão, a demora em tal entrega pode facilmente tornar inútil a própria tutela e todo o processo, de modo que a prestação jurisdicional do Estado perde o sentido.

Para contornar tal crise, foram propostas alterações pontuais no Código de Processo Civil de 1973, como, por exemplo, a inserção do instituto do cumprimento de sentença e da antecipação dos efeitos da tutela no direito brasileiro. Também foram feitas alterações na própria Constituição, através da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário.

Tais alterações foram fundamentais, pois ajudaram o Estado a prestar a tutela jurisdicional de uma forma mais ágil, mas ainda assim, a população e os próprios agentes processuais, além de estudiosos, têm a certeza de que a morosidade excessiva permanece e de que o processo não está sendo minimamente eficaz. Os que dele dependem têm a sensação de que é interminável e que muito ainda precisa ser feito para que tal prestação do Estado possa ser considerada ao menos satisfatória.

No presente ano, foi sancionado o Novo Código de Processo Civil[1], reformulando-se assim todo o Código e não apenas alterações pontuais como estava sendo feito até então. O Novo Código vem com a promessa de trazer mais simplicidade e, consequentemente, agilidade ao processo, retirando-se um pouco o formalismo e dando ênfase à sua eficácia.

Assim, tem o presente trabalho o objetivo de identificar e analisar as principais alterações do Novo Código de Processo Civil com reflexo na duração razoável do processo e, consequentemente, na sua eficácia.

[1] Também conhecido como NCPC.

1. Princípios Processuais Constitucionais Atinentes à Eficácia e Celeridade

1.1. Da Ação

"Onde quer que se observe o homem, seja qual for a época, mesmo nas mais remotas a que se possa volver, o homem sempre é encontrado em estado de convivência e combinação com os outros" [2]. Entretanto, onde há mais de um homem há necessariamente mais de um interesse, pois mesmo que dois homens possam ter muitos interesses em comum, em algum momento, a divergência entre eles irá aparecer. Se todos os homens fossem idênticos, compartilhando dos mesmos interesses e habilidades, não haveria sociedade, pois um nada acrescentaria ao outro, sendo cada um deles autossuficiente.

Como consequência prática do conflito de interesses, surge o conflito entre os interessados. Para a solução de tais conflitos existem três formas possíveis: a autocomposição, a autotutela e a tutela de terceiros.

Na primeira forma, um ou ambos os litigantes renunciam à parte ou à integralidade de seu direito, de modo que há o sacrifício pleno de um dos conflitantes ou se estabelece um acordo. Fácil é reconhecer a fragilidade de tal solução, visto que é extremamente difícil para quem está no conflito enxergar as razões de seu adversário e, consequentemente, concordar em abrir mão de suas pretensões.

Entretanto, vê-se que, na autocomposição, não há lide propriamente dita, mas apenas um conflito de interesses. Este último, como já visto, é natural, espontâneo e salutar para toda a sociedade, não gerando distúrbios à paz, mas desenvolvimento social pelas diferentes formas de pensamento. A lide, por sua vez, é o conflito de interesses resistido, em que ambas as partes não aceitam ceder suas pretensões em detrimento das pretensões do adversário. A ocorrência de lides é capaz de gerar um distúrbio na paz, causar "doenças" na sociedade e contribuir para o atraso em seu desenvolvimento. A lide só pode ser resolvida pelas outras duas formas de solução de conflito (autotutela e tutela de terceiros). Assim, uma sociedade com muitas lides indica uma sociedade que perdeu a capacidade de dialogar e negociar, tendo indivíduos egoístas que se preocupam apenas com suas pretensões individuais e se esquecem do resto dos indivíduos, considerados como tais ou na coletividade.

A segunda forma consiste na imposição da pretensão de um dos litigantes ao seu adversário. Assim, aquele que detém mais força, ou é mais astuto, faz prevalecer as suas pretensões. Se por um lado a autocomposição é frágil e de difícil concretização, a autotutela é

[2] Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 23.

nitidamente injusta, pois, mesmo que não assista razão alguma ao "vencedor", este vê sua pretensão satisfeita em detrimento de seu adversário simplesmente por ser mais forte ou mais esperto.

A terceira forma de solução de conflitos, ou seja, a tutela de terceiros, divide-se em: arbitragem, conciliação, mediação e jurisdição.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco [3], a arbitragem é a forma de solução de conflitos mediante a qual os litigantes escolhem um terceiro imparcial e de sua confiança para dizer quem está com o direito. Tal função pertencia geralmente aos sacerdotes ou aos anciãos, pois os primeiros tinham a razão e sabedoria fundadas no contato com os próprios deuses e os segundos, pela sua experiência no seio da comunidade, conheciam os problemas e inspiravam a confiança dos que dela faziam parte.

Ainda para os renomados professores (Cintra, Grinover e Dinamarco) [4], a conciliação é técnica de solução de conflitos que tem como objetivo a solução daqueles pelos próprios litigantes que, induzidos por um terceiro, podem ceder parcial e mutuamente as suas pretensões, podem desistir da demanda ou ceder totalmente à pretensão do outro. Visa-se, assim, a solução do conflito, pura e simplesmente, pelas próprias partes.

Já a mediação se assemelha à conciliação no que se refere à intervenção de um terceiro que não diz o direito, mas trabalha com os litigantes para que deles se emane a solução. Por outro lado, difere-se a mediação da conciliação, pois aquela se debruça inicialmente sobre o conflito. "O mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las" [5].

Por fim, a jurisdição é a forma de solução de conflitos que se dá por um órgão jurisdicional pertencente ao Estado e responsável por dizer quem está com o direito ou qual dos direitos deve prevalecer.

Os dois primeiros métodos de soluções de conflitos (autocomposição e autotutela) predominaram nas sociedades primitivas, nas quais a presença do Estado era nula ou extremamente frágil. Contudo, o ser humano percebeu que, se por um lado a autocomposição não era suficientemente utilizada, por outro, não era saudável que a barbárie da autotutela fosse admitida. Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco [6]:

---

[3] Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pág. 27.
[4] Ibidem. , Pág. 33.
[5]Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 13ª Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2011. Pág. 100.
[6] Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Pág. 127.

> Ignorar as insatisfações pessoais importaria criar clima para possíveis explosões generalizadas de violência e de contaminação do grupo, cuja unidade acabaria por ficar comprometida. Como vem sendo dito, a litigiosidade contida é perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social (Kazuo Watanabe) e por isso constitui missão e dever do Estado a eliminação desses estados de insatisfação.

Nesse diapasão, surge o Estado como uma forma plausível e imparcial de solução dos conflitos, intervindo no litígio entre os particulares para gerar a paz e manter o bem estar social. Conforme o Estado foi ganhando mais força perante os particulares, aumentou-se também a sua intervenção na solução dos conflitos e, de forma inversa, diminuiu-se a autotutela, a qual aos poucos foi sendo desestimulada até que se tornou proibida. Ganha força, neste momento, a tutela de terceiros culminando com a jurisdição.

1.2. Da Jurisdição

A proibição da autotutela, como afirmou Calamandrei, e a solução dos conflitos por terceiros nem sempre se deu da forma como conhecemos hoje, ou seja, por um órgão jurisdicional administrado pelo Estado. Na solução dos conflitos pela tutela de terceiros, a arbitragem foi a pioneira. As partes escolhiam uma pessoa de sua confiança para resolver a lide e a decisão do árbitro vinculava os litigantes. O Estado se limitava apenas a favorecer e regular o uso da arbitragem, e a garantir que a decisão fosse cumprida. Nesse momento, a arbitragem ainda era facultativa, mera alternativa ao uso da autotutela. Tempos depois, a arbitragem passou a ser uma forma de solução de conflitos obrigatória, em que começa a ficar mais nítida a proibição de fazer justiça com as próprias mãos. Em seguida e num curto espaço de tempo, o Estado assume para a si a tarefa de solucionar os conflitos na sociedade, deixando de nomear árbitros. Surge a figura do Estado-Juiz e a jurisdição[7]. Por óbvio tal evolução não foi plenamente linear, havendo retrocessos (autotutela), principalmente na Idade Média, como nos ensina Cintra, Grinover e Dinamarco[8].

Tem o Estado como uma de suas principais funções estabelecer e manter a paz na sociedade e o faz através do direito em duas fases, ou seja, o direito material e a efetivação de tal direito, em caso de violação, com o direito processual. Os países de tradição romanística (*civil Law*) cumprem tal papel regulador e pacificador da sociedade através das leis, normas gerais e abstratas que antecipam situações que provavelmente poderão gerar conflitos resistidos. Quando ocorre tal conflito, o Estado já está previamente preparado para ele e

[7] Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: El Foro, 1996. Pág. 227.
[8] Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2010. Pág. 29.

manifesta, também previamente, sua vontade perante os particulares através das leis. Os particulares que cedem parcialmente suas vontades para que uma única vontade, de interesse geral (escolhida por toda a sociedade através do processo legislativo), possa prevalecer. O problema surge no momento em que duas ou mais pessoas entendem que, naquele caso concreto, o direito lhes favorece. Ou então, quando uma delas, mesmo sabendo que o direito não lhe dá razão naquele caso concreto, insiste em descumprir a lei, pois sabe que será de alguma forma prejudicado em detrimento daquele cuja lei reconheceu o direito.

O Estado é chamado então para acionar a segunda fase de solução de conflitos, dizendo a quem assiste razão, qual é a sua vontade, naquela situação específica e coagir aquele que não observou a lei para que observe e aja de acordo com a vontade dela. Tem, portanto, dois sentidos a jurisdição. O primeiro seria de dizer o direito no caso concreto, quando, "tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito"[9]. O segundo, de fazer valer o direito já reconhecido pelo Estado, mas não observado por algum particular em face de outro. Esclarece Calamandrei, com maestria, que a "ulterior actividad del Estado, dirigida a poner em prática la coacción amenazada y a hacer efectiva La asistencia prometida por las leyes, es la jurisdicción" [10].

Assumiu para si o Estado a tarefa de solucionar os conflitos, proibindo os particulares de fazer justiça com as próprias mãos. Tem-se com isso que a jurisdição não é apenas um poder do Estado, mas também um dever, uma atribuição, pois não pode retirar algo tão importante dos particulares como o é a defesa de seus direitos, sem entregar, em contrapartida, algo de superior valor. Esse algo de valor superior nada mais é do que o bem da coletividade, alcançado pela pacificação de toda a sociedade.

Jurisdição, portanto, "é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida" [11].

Tamanha é a reprovação da autotutela que o Brasil elevou a crime tal conduta, como se depreende do art. 345 do Código Penal: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

---

[9] Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I. 53ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Pág. 47.
[10] Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: El Foro, 1996. Pág. 129.
[11] Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I. 53ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Pág. 48.

Entretanto, onde há um dever, há também um direito. Se o Estado assumiu o dever de solucionar os conflitos, entregou, ao mesmo tempo, o direito aos particulares de ter uma prestação jurisdicional.

O direito conferido pelo Estado aos particulares de obter uma prestação jurisdicional, quando têm violado um direito seu por outrem, ou quando necessitam do reconhecimento de determinado direito, é conhecido como direito de ação. A ação é, portanto, o direito de provocar o Estado, para que este, após proibir a autotutela, aprecie a questão litigiosa, diga com quem está a razão e torne efetivo o direito reconhecido, caso haja resistência.

O direito de ação é um direito subjetivo público, de forma que pode o interessado exercitá-lo ou não contra o Estado. É bilateral, pois não só o autor possui tal direito, mas também o réu, pois este, ao contestar a ação, também exige do Estado o não reconhecimento do direito do autor. Ora, a prestação jurisdicional, exercida pelo Estado-Juiz, nada mais é do que uma manifestação do juiz sobre quem está amparado pelo direito naquele caso concreto. Se o juiz disser "sim" ou disser "não", estará apontando o direito no caso concreto, estará prestando o serviço estatal da jurisdição. Isto implica na desvinculação do direito material ao direito processual, pois mesmo não sendo concedida a tutela ao particular, caso não tenha sido reconhecido seu direito pelo magistrado, houve uma atividade estatal no sentido de pacificar a sociedade. O importante para a sociedade não é ver o direito material de "A" ou de "B" sendo reconhecido, mas ver o Estado se manifestando com a finalidade de colocar fim ao litígio.

O direito de ação é tão importante para a sociedade que está previsto na Carta Magna do Estado brasileiro. Segundo o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

1.3. Do Processo

Para que o Estado exerça sua função jurisdicional e possa efetivar o direito de ação dos particulares de forma mais efetiva, utiliza-se de um método que se constitui numa sequência de atos preordenados tendentes a um fim chamado processo. Nos dizeres de Piero Calamandrei, "processo es la serie de las actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional" [12].

O processo judicial deve ser visto sob duas faces distintas, porém, de uma mesma moeda.

Sob a ótica Estado-particular, o processo deve ser visto à luz do princípio do devido processo legal (*due process of law)*, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal do

[12] Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: El Foro, 1996. Pág. 318.

Brasil. Tal princípio pressupõe que todo o ato do Estado, por ser em regra imperativo, e as suas determinações, por não serem facultativas ao particular, seja na esfera Administrativa, Legislativa, ou Judicial, deve ser precedido de um processo previamente conhecido e estabelecido, que tenha como principal característica a equidade e a conformidade ao Direito (Didier Jr.) [13]. Nas exatas palavras do retro mencionado autor: "O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder" [14]. Assim, para que o Estado não exerça sua função jurisdicional, através do Estado-Juiz, de forma arbitrária contra os particulares, deve este agir dentro dos limites e na forma prevista pela legislação processual, em estrito cumprimento do princípio da legalidade. Isto não quer dizer que a decisão final em cada caso concreto também esteja previamente prevista em lei, pois seria um absurdo pensar assim. Entretanto, os meios para se chegar a tal decisão, o "*iter"* processual, devem estar previamente descritos, para que os particulares não tenham nenhuma surpresa e fiquem por conta dela prejudicados.

Sob a ótica particular-particular, o processo deve seguir o princípio da legalidade, ao invés do princípio da liberdade das formas. Este último princípio pressupõe um diálogo livre entre as partes e o terceiro que dará a palavra final, cada um expressando seus argumentos no momento que lhe é mais oportuno, na forma que quiserem e quantas vezes desejarem. Percebe-se que tal forma de resolver os conflitos apresenta dois problemas graves, a saber: prolongamento desnecessário da demanda pela falta de limite na argumentação e na contra-argumentação; e possibilidade de ocorrer um desequilíbrio entre as partes ou uma persuasão desleal do julgador através de provas que seriam consideradas ilícitas num devido processo legal. Ao se seguir o princípio da legalidade para se estipular um método justo de solução de conflitos, respeita-se também o princípio da duração razoável do processo, pois a norma processual, ao trazer um "processo-modelo", limita a quantidade de atos a serem praticados pelos sujeitos processuais ao mínimo necessário para o bom convencimento do juiz, evitando-se o fantasma da procrastinação. Ora, se com um limite estabelecido para a prática de atos alguns litigantes de má-fé já encontram uma saída para procrastinar e atrasar o processo em seu benefício, imagine-se o tempo que levaria uma demanda sem tal limitação legal conhecida como Código de Processo Civil. Além do respeito à duração razoável do processo, a observância do princípio da legalidade, materializado nos caminhos pré-fixados pela norma

[13] Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 13ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. Pág. 45
[14] Id.

processual, está de acordo também com o princípio da igualdade entre as partes (paridade de armas), evitando-se abusos e atitudes desleais de alguma das partes (Calamandrei) [15].

Estes são alguns dos principais motivos pelos quais a solução de conflitos deve ser feita através de um processo predeterminado pela lei, por meio do qual os passos de cada parte devem ser o máximo possível limitados (sem prejuízo da segurança jurídica) e orientados para a decisão do magistrado.

Entretanto, não basta apenas um método de organização de atos tendentes a um fim (processo) para fazer com que a função jurisdicional do Estado seja satisfatória e bastante para se evitar o uso da autotutela.

A prestação jurisdicional deve ser imparcial, eficaz e célere. Deve ser imparcial, pois, do contrário, não haveria a necessidade de um terceiro para solucionar o conflito. Deve ser eficaz, no sentido de que os meios para satisfazer a pretensão de uma ou de outra parte devem ter mais força do que os meios utilizados pela própria parte para alcançá-la, sob pena de se estimular a autotutela. E por último, deve ser célere, pois uma Justiça morosa pode prejudicar o próprio direito que se pleiteia, e gerar uma sensação de impunidade face à violação dos direitos de outrem.

1.4. Da Instrumentalidade

Sabe-se que o processo é um método e como tal deve ter uma ou mais finalidades específicas. Quem utiliza um método, utiliza-o para alcançar algum objetivo, para fazer algo ou chegar a algum lugar.

Relevante e digna de atenção é a discussão sobre os reais escopos do processo e, consequentemente, da jurisdição. Sendo esta última uma das formas de manifestação do poder estatal, deve estar voltada aos fins do próprio Estado [16].

Atualmente, a classificação dos escopos do processo, proposta por Cândido Rangel Dinamarco, parece ser a mais interessante e a que está em maior sintonia com a Constituição vigente em nosso país. Foram vislumbradas três esferas de escopos do processo, distintas umas das outras, mas harmônicas e complementares entre si, a saber: Escopo Jurídico, Escopo Social e Escopo Político.

---

[15] Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. I. Buenos Aires: El Foro, 1996. Pág. 321.
[16] Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 150.

1.4.1. Escopo Jurídico

Quando se fala em escopo jurídico do processo se faz referência à sua relação com o direito, ou seja, da relação direito-processo. Falar em escopo jurídico, então, é falar da função do processo perante o direito (substancial).

Duas escolas travaram uma importante luta na definição do escopo jurídico do processo, sendo que uma delas deu origem à teoria unitária e a outra deu origem à teoria dualista.

A teoria unitária, defendida por Carnelutti, considera que o direito substancial e o direito processual são partes essenciais de um todo indivisível, de forma que o processo, quando chega ao seu ápice com a sentença, complementa a criação do direito subjetivo naquele caso concreto. Para tal teoria, o direito subjetivo não é preexistente à sentença (processo), pois a criação daquele só termina com o pronunciamento do juiz. Assim, as normas gerais e abstratas do direito material são apenas o começo da criação do processo de criação do direito, processo esse que só termina com a sentença do juiz ao dizer qual é o direito para aquela situação específica. Por fim, o escopo do processo na teoria unitária é a *justa composição da lide*.

Argumentam os defensores de tal teoria que o processo faz parte da criação do direito, pois o direito material, por si só, não teria eficácia para ordenar a sociedade. Tal argumento é rebatido por Dinamarco, quando diz que "a realidade da vida mostra que os direitos e obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, na grande maioria, sem qualquer interferência judicial" [17].

Já a teoria dualista, defendida por Chiovenda e Liebman, considera que o direito subjetivo e o processo são institutos completamente distintos, cada qual com sua atribuição e autossuficiente, em regra, para exercer as respectivas funções. Para tal teoria, o direito subjetivo surge no momento em que um fato da vida se subsume a uma determinada norma geral e abstrata do direito objetivo, não necessitando do processo para completar o "nascimento" daquele direito. No momento em que surge o direito subjetivo, ele já é capaz, por si só, de gerar efeitos. E essa é a regra do nosso cotidiano, como já foi demonstrado acima com as esclarecedoras palavras de Cândido Rangel Dinamarco. Ainda para o mencionado professor, a não geração de efeitos do direito subjetivo de forma espontânea, como o adimplemento voluntário das obrigações do devedor, por exemplo, é uma patologia. Tal patologia é sanada com o processo, pelo qual o Estado, de forma imperativa, confere

[17] Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Pág. 133.

efetividade aos direitos subjetivos violados ou apenas revela os direitos já preexistentes, de forma a trazer o conforto da certeza e da segurança jurídica. Para a teoria dualista, o escopo do processo é a *atuação da vontade concreta da lei*. Contudo, de acordo com Peter Panutto [18]:

> Mesmo analisando a jurisdição somente sob seu escopo jurídico, deve ela ser encarada como a atuação da vontade concreta do direito (e não da lei), em respeito aos princípios constitucionais norteadores e à intenção do legislador, devendo-se levar em consideração também as implicações sociais da aplicação do direito no caso concreto.

Sendo um dos principais fins do Estado a organização da sociedade, tendo como premissa a sua pacificação, notório é o fato de que o processo não tem apenas um escopo jurídico, voltado à recuperação do direito subjetivo violado.Nos dias atuais, sabe-se que a jurisdição tem como fim tutelar as pessoas e suas relações com a sociedade, ao invés do direito a elas garantido.

Pensar na jurisdição "é não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com *sua* autoridade imperativa a força do *seu* direito [19]". Eis aí o porquê de não se poder falar mais em apenas *um* escopo da jurisdição, ou seja, o escopo jurídico, mas também em pelo menos outros dois escopos, a saber: o social e o político.

De fato, o Estado foi criado pela sociedade e para a esta servir, de forma que as finalidades daquele, ao exercer qualquer poder-dever, inclusive a jurisdição, devem estar em fina sintonia com as necessidades e pretensões do seu povo, no momento histórico em que está agindo [20]. Daí a importância dos demais escopos do processo, a saber: os sociais e os políticos.

1.4.2. Escopos Sociais

Como já foi dito acima, ao se tratar do direito de ação e do poder-dever chamado jurisdição, tem o Estado a missão de organizar a sociedade e pacificar os seus membros. Segundo Cândido Rangel Dinamarco [21]:

> O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores.

---

[18] Panutto, Peter. Tutela Específica nos Procedimentos Especiais. Campinas: Milennium Editora, 2006. Pág. 13.
[19] Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 153.
[20] Ibidem. , pág. 156.
[21] Ibidem. , pág. 159.

A principal causa dos conflitos é a divergência de interesses, cumulada com a resistência à pretensão de outrem. Cabe ao estado, portanto, através do Poder Judiciário, pôr fim aos conflitos mediante a prestação jurisdicional, gerando a paz social. Entretanto, quando se fala em colocar fim ao conflito não se pode reconhecer que a mera prestação jurisdicional,em que uma das partes sai vitoriosa e a outra não, seja capaz de encerrar as insatisfações. É necessário que as decisões sejam tal que possam gerar na parte vencida um sentimento de conformismo, fazendo com que esta entenda as razões que a levaram a não ver seu suposto "direito" reconhecido. Para que uma decisão possa gerar tais sentimentos, faz-se mister que ela seja, antes de mais nada, justa. Assim, para Cândido Rangel Dinamarco, o principal escopo social do processo é a pacificação da sociedade (eliminação de conflitos), através de critérios justos [22].

Outro ponto importante do escopo social da jurisdição, decorrente do anteriror, é o relacionado à educação da população sobre seus direitos e deveres. Se o Judiciário for capaz de dar decisões pedagógicas, ao invés de simplesmente dar decisões legais, a população vai, depois de um tempo, aprendendo os seus direitos e respectivos deveres. Em longo prazo, isso tende a desafogar o Judiciário, que ficará restrito a controvérsias realmente complexas e de menor número. "A educação através do adequado exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo" [23].

Uma das causas da insatisfação com o Judiciário é justamente a morosidade. Esta, por sua vez, tem como uma das causas a grande demanda da população, que não conhece seus próprios direitos e os direitos alheios, fazendo com que qualquer pequena lide, que seria evitada pela educação, desemboque no Judiciário. Portanto, a educação não deve ter como finalidade a busca pelo Judiciário, mas sim a fuga do Judiciário, pois os conflitos seriam resolvidos, ou nem mesmo surgiriam, caso as partes conhecessem os direitos e deveres umas das outras.

1.4.3. Escopos Políticos

O Poder Judiciário é um dos três "membros" do Estado. Assim, a sua função jurisdicional não poderia deixar de ter uma finalidade política. Na verdade, o processo não tem apenas uma, mas três principais finalidades políticas, segundo Cândido Rangel Dinamarco.

---

[22]Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 161.
[23] Ibidem. , Pág. 163.

A primeira delas é a manifestação e confirmação do poder do Estado. Este nada mais é do que o conjunto das parcelas de poderes renunciados pelos particulares em prol da comunidade, de forma que o Estado só consegue impor e fazer valer a vontade e necessidades públicas sobre a resistência dos interesses privados através da sua imperatividade. Para Dinamarco [24]:

> A isso concorre o processo, não agora encarado o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas na soma de todos os casos trazidos a exame. Decidindo e impondo decisões (não necessariamente em sede jurisdicional), o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente investidos seus agentes, na busca de fins predeterminados.

A segunda finalidade política é a garantia das liberdades públicas face ao Estado, fazendo prevalecer, até os dias atuais, os direitos de primeira geração conquistados formalmente na Revolução Francesa. Como já dito, o processo, direcionado pelo princípio do *due process of law*, é uma importante limitação do poder estatal e uma verdadeira barreira para eventuais arbítrios.

A terceira e última finalidade é a de possibilitar a participação popular no controle das máquinas públicas, pois segundo o autor anteriormente mencionado, aquela não se dá "só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos" [25]. Para o renomado professor, a ação popular e as ações ambientais são os principais meios para a referida participação, onde qualquer pessoa pode anular um ato administrativo que viole o patrimônio público, a moralidade administrativa, o patrimônio histórico e cultural de um povo, o meio ambiente, etc.

Portanto, não basta um texto de lei que discipline os métodos e atos processuais, se aquele não visar, em primeiro lugar, o alcance dos escopos do processo anteriormente mencionados, sob pena de o Estado falhar em uma de suas principais funções, qual seja, a organização da sociedade. Também não basta ter uma finalidade, se o seu alcance é demasiado demorado. É preciso que se chegue aos fins do processo com a maior brevidade possível. Tal necessidade de alcance dos escopos com duração razoável desemboca no princípio da celeridade, o qual será analisado a seguir.

---

[24] Ibidem. , Pág. 169.
[25] Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 171.

1.5. Princípio da Duração Razoável do Processo.

Diz o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", eis o mandamento constitucional para a observância do princípio da celeridade. Também o NCPC dispõe expressamente sobre tal princípio em seu artigo 4º.

Os direitos fundamentais são classificados em três dimensões, cada uma surgindo em um determinado momento histórico.

São chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão aqueles que se alinham à liberdade dos indivíduos frente ao Estado, de forma que esse assume uma obrigação negativa, ou seja, de não fazer.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão buscam o direito à igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), reclamando do Estado um agir, um fazer. Tais direitos ganham força após a Revolução Industrial, com o abuso dos trabalhadores e a excessiva concentração de renda.

Por fim, os direitos de terceira dimensão são os direitos transindividuais (fraternidade), podendo-se citar como exemplo o direito ambiental e do consumidor.

O art. 8º, § 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) inspirou o constituinte brasileiro na criação do inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição brasileira (direito à duração razoável do processo), através da EC 45/2004. Além do *Pacto San José da Costa Rica*, vários outros documentos internacionais trazem em seu bojo o direito à duração razoável do processo, como o art. 6º, § 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os artigos XVIII e XXIV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Com a presença expressa do princípio da celeridade em vários documentos internacionais de grande relevância para os direitos humanos, nítido está que tal princípio é também um direito fundamental. E por necessitar de uma prestação estatal, ou seja, um agir por parte do Estado para que tal direito seja observado, enquadra-se no rol dos direitos de segunda dimensão, acima mencionados.

A expressão *duração razoável do processo* pode ter, em princípio, um conceito muito vago e passar a falsa impressão de que é totalmente ineficaz. De fato, a Suprema Corte norte-americana, no caso Baker versus Wingo, disse que "o direito a um julgamento rápido tem um conceito muito vago quando confrontado com outras garantias processuais. É, por exemplo,

impossível determinar com precisão em quais ocasiões tal direito vem vulnerado..." [26]. Entretanto, o conceito não é assim tão vago, como se verá mais adiante.

É muito comum a tentativa de definição de um tempo razoável para o processo, valendo-se da somatória dos prazos para os atos processuais, como ocorre com o processo penal. Para alguns doutrinadores do referido ramo do direito, se a instrução criminal ultrapassar 81 dias (soma dos prazos de todos os atos desde o inquérito até a sentença), fica assegurado o direito do réu de ser posto em liberdade até o fim do processo, pela não observância da duração razoável do processo e pelo constrangimento ilegal [27].

Tal solução parece ser justa quando se trata de colocar alguém que ainda não foi condenado em liberdade, sem que precise ficar aguardando a morosidade do processo, por motivos alheios à sua vontade, dentro de um Centro de Detenção Provisória.

Entretanto, transportar tal solução para os demais processos seria algo completamente impraticável nos dias atuais, como nos mostra a prática forense. Uma disposição nesse sentido seria apenas mais uma norma programática, carente de aplicação prática.

Barruffini [28] expõe a opinião da Corte Européia dos Direitos do Homem e diz que esta leva em consideração três critérios para a definição da *duração razoável do processo*, sendo eles: I – complexidade da causa; II – atitude das partes e de seus respectivos procuradores; III –atuação dos funcionários da justiça e dos magistrados.

Tal linha de pensamento parece ser a que está no caminho correto para a definição da *duração razoável do processo*. Contudo, alguns ajustes devem ser feitos. Para se alcançar a correta definição do que seja um processo célere, deve-se, em primeiro lugar, buscar os principais pontos que causam a morosidade. Corrigidos tais problemas, automaticamente o processo que era moroso, ganha uma duração razoável, pois, como diz Platão em sua obra "Fédon", nada sobrevive diante de seu oposto.

As reais e principais causas da morosidade dos processos são apenas duas: I - petições e recursos meramente protelatórios e atentatórios à dignidade da Justiça; II - excessivo tempo morto nos escaninhos.

Portanto, um processo com *duração razoável* seria um processo que não fique esquecido por muito tempo e por várias vezes nos escaninhos, bem como um processo que não seja "bombardeado" por petições inúteis e meramente protelatórias. O sentimento de

[26] Barruffini, Frederico Liserre. Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 139. Setembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 273.
[27] Barruffini, Frederico Liserre. Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 139. Setembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 274.
[28] Ibidem. , Pág. 275.

demora na prestação jurisdicional não se dá apenas no fim do processo, mas durante todo ele, em cada ato que se deva praticar. Mesmo que a fase citatória ou instrutória, por exemplo, seja longa, se os atos forem praticados com a devida presteza (sem grandes tempos mortos), as partes não terão o sentimento de morosidade e os advogados saberão que a demora se deu por conta da complexidade da causa.

2. CRISE E REFORMA DO JUDICIÁRIO

2.1. A Crise

A crise do Judiciário remonta à época de Justiniano. Entretanto, para uma apreciação mais profunda e concreta da crise do Judiciário brasileiro, este capítulo se restringirá apenas à análise da crise desde o início da República (1891), em que o povo, pelo menos em tese, passou a ter maior participação no controle e nos destinos do país.

Sabe-se que o início da República no Brasil foi um fenômeno que passou por grandes turbulências, seja pela imaturidade política, seja pela resistência de grupos contrários ao regime democrático, como o coronelismo, por exemplo. Passando o sistema republicano por dificuldades para se estabelecer, é nítido também que os órgãos e instituições que dele fazem parte também passariam por dificuldades da mesma natureza. No caso do Poder Judiciário, este encontrou obstáculos políticos para o seu pleno funcionamento no final do século XIX e início do século XX.

Apesar da Constituição Federal de 1891, em seu artigo 6º, II, d, prever a independência e a harmonia dos poderes, colocando fim ao Poder Moderador do Império (4º Poder), percebe-se que o Poder Executivo ainda exercia grande influência e até controle do Poder Judiciário. Para se chegar à tal conclusão, basta analisar a história do Supremo Tribunal Federal, que teve, em apenas sete anos de "vida", nada menos do que 40 (quarenta) Ministros. Em 1983, ao exercer o seu papel de controle de legalidade e declarar a nulidade do Código Penal da Marinha, foi o STF acusado de abuso de autoridade, tendo ainda permanecido fechado por meses porque as vagas que estavam sendo abertas não eram ocupadas pela simples falta de indicação ao respectivo cargo pelo então Presidente da República.[29]A crise,

[29] Paula, Maria Eunice de. Poder Judiciário: Crise e Reforma. 2006. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pág. 18. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13181> Acesso em: 15/08/2015

até meados de 1930, restringia-se, portanto, no Supremo Tribunal Federal e tinha uma natureza exclusivamente política.

Tendo sido criada a Justiça Eleitoral em 1931[30], imagina-se que a crise do judiciário tenha sido resolvida, transferindo-se as mazelas jurídicas de cunho político para tal Justiça e abrindo caminho para a "Justiça Comum" [31] exercer seu papel de forma desimpedida e satisfatória.

Entretanto, não foi isso o que ocorreu. A intervenção do Poder Executivo no Poder Judiciário continuou e a independência dos Poderes da República parecia não valer para o Judiciário. Exemplo disso é o artigo 177 da Constituição Federal de 1937, que previa a possibilidade de aposentadoria dos servidores civis e militares, dentro de 60 dias a contar da data daquela Constituição, pelo Governo (Poder Executivo) e de forma arbitrária, é claro.

Curiosamente foi também suprimida pela Constituição de 1937 a Justiça Federal, que julgava os casos em que a União era parte, e a Justiça Eleitoral, que julgava as ações de natureza política.

Não bastassem esses absurdos, o parágrafo único do artigo 96 da Carta Magna de 37 possibilitava ao Chefe do Poder Executivo que, face à declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, poderia aquele submetê-la novamente ao exame do Parlamento, caso considerasse a lei de relevante interesse público. Se fosse confirmada por 2/3 dos votos em cada uma das Casas, restaria sem efeito a atuação e manifestação do Poder Judiciário! Para aqueles que consideram justo o esgotamento das ações do Poder Judiciário frente à decisão dos outros dois Poderes (Legislativo e Executivo), ressalte-se que o artigo 178 do mesmo diploma político dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado Federal e condicionou novas eleições para o Congresso após a realização de um plebiscito (art. 187, CF 1937), que nunca ocorreu. Os que defendem a República, a democracia e a consequente divisão dos Poderes, podem dizer que o artigo 96 tornou sem efeito o artigo 177 da Constituição de 1937, mas na prática, não foi isso o que ocorreu. A crise, com viés político, do Judiciário e a diminuição deste pelo Poder Executivo continuou mesmo após 45 anos da instituição da República no país.

Além da interferência do Executivo e da consequente falta de autonomia financeira e administrativa, o Judiciário passou a enfrentar, também, os problemas do aumento do número de demandas, sem o proporcional acréscimo de servidores e magistrados.

---

[30] Decreto número 19.398, de 11 de fevereiro de 1931

[31] Não se refere aqui à Justiça não especializada na forma como conhecemos hoje, mas sim a todos os órgãos com atribuição para julgar questões que não envolvam política propriamente dita.

Registra-se que o STF recebeu, em 1892, 63 (sessenta e três) processos. Em 1931, o número saltou para 890 (oitocentos e noventa). Em 1950, esse número praticamente quadriplicou, passando para 3.511 (três mil quinhentos e onze) processos e, apenas doze anos depois, ou seja, em 1962, o STF recebeu 7.437 (sete mil quatrocentos e trinta e sete) processos.[32]

Para resolver essas mazelas, chegou em 1988 uma nova Constituição. Referida Carta prevê, em seus artigos 96 e 99, a necessária e tardia autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

O artigo 96 garante a autonomia administrativa ao dizer que compete privativamente aos Tribunais, dentre outras coisas: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos; propor a criação de novas varas; prover os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e os cargos necessários à administração da Justiça (serventuários).

Ressalta-se a importância da autonomia administrativa do Poder Judiciário, pois lhe é possível criar suas próprias normas e aumentar as varas e os cargos de magistrados e de serventuários na medida de sua necessidade. Afinal, como diz o ditado, "só o dono da dor sabe o quanto ela dói", ou seja, não se pode aceitar que os demais Poderes (Legislativo e Executivo) possam querer controlar os problemas que surgem no dia a dia do terceiro Poder, interferindo em questões burocráticas e necessárias ao bom andamento deste. Apenas quem vive o dia a dia da situação sabe qual a melhor forma de se lidar com ela. Também não pode o Executivo ou o Legislativo determinar ou interferir no número de varas ou de funcionários (magistrados e servidores) do Judiciário, pois este sabe exatamente o que lhe é exigido da população, conhece a demanda e melhor do que ninguém sabe do que realmente precisa para atender de forma digna tudo o que é posto no colo da "Justiça".

Engraçado notar que o número de assessores dos parlamentares nunca é questionado pelo Judiciário. Aliás, não lhe é nem mesmo possível questionar, salvo se houver alguma ilegalidade na admissão daqueles. Também o número de Ministérios e Secretarias do Executivo, bem como a criação de novos, passa batido pelo controle do Judiciário, salvo se, e mais uma vez, houver alguma ilegalidade. E mesmo nos casos de ilegalidade, não pode aquele agir de ofício, devendo ser provocado, ao contrário do que acontece no Legislativo e no Executivo em relação ao Judiciário, ao intervirem[33] nos Tribunais Superiores.

---

[32] Paula, Maria Eunice de. Poder Judiciário: Crise e Reforma. 2006. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Págs. 19 e 27.

[33] Tal intervenção se refere à nomeação dos Ministros dos Tribunais Superiores, bem como à ratificação pelo Senado, após a sabatina do candidato à vaga.

Já o artigo 99 e seu parágrafo 1º garantem a (pseudo) autonomia financeira, determinando que compete aos Tribunais a elaboração de suas propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes. Pode-se entender a importância deste artigo e sua umbilical ligação à autonomia administrativa, fazendo-se a seguinte analogia: um filho atinge a maioridade, torna-se independente dos pais. Os pais são extremamente conservadores e, preocupados com a segurança do filho, não permitem que ele saia de casa e volte depois das 22h00min. O filho quer ir à balada, que abre suas portas apenas às 23h00min, mas sabe que os pais não vão permitir. Então, o filho lembra que já atingiu a maioridade, que já alcançou a sua independência (autonomia administrativa) e fala para os pais que ele vai, pois não está subordinado a ninguém. Entretanto, ao olhar para sua carteira, descobre que não tem dinheiro (autonomia financeira). Ele pede aos pais, mas estes negam o pedido, esvaziando por completo toda a autonomia administrativa alcançada pelo filho. Daí porque a ligação umbilical entre a autonomia administrativa e a financeira.

Com o Poder Judiciário ocorre a mesma coisa, pois não adianta ele ter autonomia para criar mais varas, prover mais cargos, aumentar a tecnologia para poder atender toda a demanda que lhe é confiada, se não houver dinheiro em caixa para ele usar da forma que julgar mais conveniente, não dependendo da arbitrariedade dos demais Poderes e de conflitos políticos que com eles possa existir. Afinal, cabe ao Poder Judiciário controlar as ilegalidades dos demais Poderes, entre outras coisas, o que o coloca em uma posição extremamente delicada no que se refere ao bom e pacífico convívio com o Legislativo e Executivo. Resumindo, a autonomia financeira é que garante a efetividade da autonomia administrativa e evita eventuais represálias dos demais Poderes.

Até o final da década de 80 e começo da década de 90, a crise do Judiciário estava centrada no Supremo Tribunal Federal. Para resolver tal questão, a Constituição de 1988 tenta desafogar a Suprema Corte do país e cria o Superior Tribunal de Justiça, que absorve boa parte da competência[34] do Supremo e passa a julgar as decisões dos Tribunais (Federais e Estaduais) que contrariarem lei federal. Assim, ao Supremo restou principalmente a função de Corte Constitucional, ou seja, de guardiã da Constituição, no estilo das Cortes Européias.

Entretanto, a crise não só permaneceu no STF, como também se espalhou pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário. O "Diagnóstico do Poder Judiciário" [35], criado pelo Ministério

[34] Art. 105, III, Constituição Federal de 1988.
[35] Diagnostico do Poder Judiciário. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>Acesso em: 26/07/2015. Publicado em 2004.

da Justiça, em 2004, traz dados interessantes sobre a situação dos diversos órgãos do Poder Judiciário em 2003, ou seja, 15 (quinze) anos após a Constituição de 88.

Para se averiguar a eficiência dos Órgãos Judiciários da 1ª instância da Justiça Comum e da Federal, a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça levantou o número de processos distribuídos no ano de 2003 e comparou-os com o número de processos julgados no mesmo ano. Apesar de o gráfico daquela pesquisa ter minuciado a relação "processos distribuídos/julgados", Estado por Estado, preferimos colacionar no presente trabalho apenas a relação por regiões, de forma a facilitar a visualização e não desgastar de forma desnecessária o leitor.

Na Justiça Comum, a porcentagem de processos julgados no ano de 2003 em relação ao número de processos distribuídos no mesmo ano é a seguinte: a região Nordeste, a mais eficiente no referido ano, julgou aproximadamente 70% dos processos que lhe foram distribuídos; a região Norte, que ficou em segundo lugar, teve uma produção de 67%; a região Sul alcançou a marca de 61,5%; a região Sudeste, a mais rica do país, ficou em 4º lugar, com uma produção de apenas 60,5%; e, por último, a região Centro-Oeste, com um lamentável desempenho de apenas 56%. Dessa forma, percebe-se que o desempenho nacional[36] da Justiça Estadual de 1ª instância, foi de apenas 68%.

Já a situação da Justiça Federal não especializada é um pouco pior, pois: a região Centro-Oeste, mais uma vez em último lugar, julgou apenas 35% dos processos que lhe foram confiados no ano de 2003; a região Norte, em 4º lugar, teve a péssima produção de 41%; a região Nordeste, em 3º lugar, teve um desempenho de apenas 42%; a próspera região Sudeste conseguiu o 2º lugar sem julgar nem a metade dos processos que lhe foram distribuídos, alcançando uma marca de 42,5%. Por fim, a região Sul, que disparou na frente das demais, teve um excelente desempenho de 86%. A produção nacional, considerando-se todos os Estados, da Justiça Federal Comum, foi de apenas 57%. E tal índice só foi possível graças ao extraordinário desempenho da região Sul, que alavancou a média nacional. Caso contrário, ou seja, se a região Sul for excluída do cálculo, a média nacional de desempenho da Justiça Federal não alcançaria nem a metade, ficaria com apenas 40%.

Tais dados nos mostram que a Constituição de 1988, que trouxe novidades para o Poder Judiciário, como a autonomia administrativa e financeira para seus órgãos, criação do Superior Tribunal de Justiça para desafogar o Supremo Tribunal Federal, dentre outras coisas,

---

[36] Para o cálculo da média nacional dos processos distribuídos/julgados na Justiça Estadual, bem como das médias regionais, levou-se em conta todos os Estados, exceto: Maranhão, Piauí, Bahia, Ceará, Paraná e Rio Grande do Norte. A exclusão desses Estados deu-se por conta da ausência das referidas informações na tabela-fonte da presente pesquisa.

não foram suficientes para segurar a verdadeira "bola de neve" que é a Crise do Judiciário. Após 15 (quinze) anos da Constituição de 88 e 05 (cinco) Constituições, todas com alterações no Poder Judiciário, a sua crise persistiu, e mais do que isso, aumentou exponencialmente entre 1988 e 2003. Se, num primeiro momento (da proclamação da República até a Constituição de 1988), o problema do Judiciário se resumia na intervenção do Poder Executivo e na consequente falta de autonomia (administrativa e financeira), em outro momento a crise se estendeu (e não se transformou) para a excessiva morosidade na solução das questões que lhe são apresentadas. Assim, a crise que se estabeleceu entre os Poderes, contaminou também a população. A crise que tinha apenas uma causa principal passou a ter duas frentes: Político-administrativa e Social-Institucional.

A frente Político-Administrativa da crise se refere à falta de independência do Poder Judiciário face ao Poder Executivo. Dessa forma, a crise se estabelece entre os Poderes.

Já a frente Social-Institucional da crise consiste na excessiva letargia do Judiciário nos julgamentos dos feitos ou até mesmo na fase executória destes. Em tal frente, o atrito não se estabelece entre o Judiciário e os demais Poderes, mas sim entre o Judiciário e o seu titular, ou seja, o povo.

Diante de uma crise que se prolongava, pelo menos, desde o início da República e tomou proporções alarmantes no final da década de 90 e início do segundo milênio, não teve o Governo outra saída a não ser tomar uma providência, a qual compreendia uma alteração da Constituição Federal voltada principalmente para o Poder Judiciário e seus problemas. A alteração se materializou através da Emenda Constitucional nº 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário.

2.2. A Reforma do Judiciário

A Reforma do Poder Judiciário teve início pouco tempo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a apresentação do Deputado Federal Hélio Bicudo (PT), em 1992, do Projeto de Emenda Constitucional nº 96/92.

Após (doze) anos de longas e inflamadas discussões, envolvendo membros da Magistratura, do Ministério Público, da OAB e da sociedade civil, a Proposta de Emenda Constitucional se transformou, com alterações no texto original, na Emenda Constitucional nº 45/2004, com promessas de melhorar o desempenho da função jurisdicional. A seguir, serão brevemente analisados os dispositivos da EC 45/2004 que têm, ou poderiam ter, uma ligação direta na solução da Crise do Judiciário.

A primeira alteração constitucional que merece destaque e que se apresentou como uma das soluções para a crise foi a inserção da garantia da duração razoável do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Carta Magna, fazendo-se acrescentar o inciso LXXVIII no referido artigo.

Tal garantia, segundo a doutrina constitucional brasileira, já se encontrava implícita nos incisos XXXV e LIV do artigo 5º da Constituição Federal. O inciso XXXV, retratando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Tal princípio já recebia uma interpretação abrangente, pois além de garantir o acesso à Justiça, o direito de ação e do duplo grau de jurisdição, também garante que a referida apreciação (tutela jurisdicional) seja **célere** e eficaz. Já o inciso LIV do artigo 5º reflete o princípio do devido processo legal (*due process of law*), ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Também este princípio, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, era interpretado de forma abrangente, no sentido de que o devido processo legal implica num processo em que haja paridade de armas, **celeridade** e legalidade.

A EC 45/04, com o intuito de enfatizar a importância de um processo com duração razoável em meio à crise que se instalara no Judiciário, individualizou o princípio da celeridade, tornando-o expresso e criando um inciso específico para ele dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais. O então novel inciso LXXVIII ficou com a seguinte redação: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ao contrário do que diz Regina Maria Groba Bandeira [37], acreditamos que a norma disposta no inciso LXXVIII, artigo 5º da Constituição Federal, não tem natureza programática, pois não é apenas um ideal a ser alcançado. Tal norma, por estar inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata, como determina o parágrafo 1º, do artigo 5º, da CF. Além disso, o seu descumprimento tem o condão de permitir a impetração de Mandado de Segurança, pois segundo Barruffini [38]:

> Com a verificação de que quaisquer dessas ou outras garantias voltadas à efetividade da jurisdição não foram asseguradas ou com a constatação de que, por outras razões, houve demora excepcional e injustificada no andamento do processo, restará configurada injusta violação de direito líquido e certo, abrindo caminho para correção da lesão pela via do mandado

[37] Bandeira, Regina Maria Groba. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004: O Novo Perfil do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2005_13622.pdf> Acesso em: 26/07/2015. Publicado em 2005. Pág. 7.

[38] Barruffini, Frederico Liserre. Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 139. Setembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 276.

> de segurança, desde que previamente esgotados, com esse objetivo, todos os recursos previstos no ordenamento.

Além disso, é possível também a reparação dos danos causados pela omissão do Estado, resultante na morosidade processual, através de uma "ação ordinária de responsabilidade civil extracontratual do Estado", como afirma Natália Zampieri [39].

2.2.1. Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pelo art. 92, I-A da Constituição Federal, é um órgão do Poder Judiciário com funções atípicas, pois, ao invés de julgar, como fazem os demais órgãos desse Poder, tem o referido Conselho uma função essencialmente administrativa e disciplinar.

O CNJ é o órgão máximo em matéria administrativa e financeira do Poder Judiciário. Tal afirmação é confirmada pelo artigo 1º de seu Regimento Interno, ao dispor que o Conselho tem atuação em todo o território nacional. Assim, estão administrativa e financeiramente subordinados a ele todos os demais órgãos do Poder Judiciário e respectivos magistrados e servidores, seja da Justiça Federal, da Justiça Estadual, da Comum ou da Especializada.

O § 4º do art. 103-B, da Constituição Federal, ao determinar a competência do CNJ, dispõe que "Compete ao Conselho o controle da autuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias, (...) sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais".

A República Democrática brasileira é regida pela atuação de três Poderes independentes e harmônicos entre si, de forma que, pelo princípio dos freios e contrapesos, cada Poder é fiscalizado pelos demais ou ao menos por um deles. Assim, o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo e este é fiscalizado pelo Executivo. O Judiciário, por sua vez, acaba fiscalizando os outros dois, manifestando-se sobre a legalidade de seus atos e até mesmo anulando aqueles que considera ilegais. Dessa forma, tanto o Executivo como o Legislativo, além do controle interno de seus atos, também estão sujeitos a um controle externo exercido por um Poder diverso.

---

[39] Zampieri, Natália. A Efetividade da Razoável Duração do Processo e a Gestão Pública. Revista de Processo, Vol. 234. Agosto de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 25.

Quanto ao Poder Judiciário, até a EC 45/2004, não havia controle algum sobre este Poder a não ser pelas ouvidorias dos Tribunais. Para tentar sanar este problema, o constituinte derivado criou o Conselho Nacional de Justiça, mas o inseriu justamente no rol dos órgãos do Poder que tem por função controlar. Desse modo, continuou o Poder Judiciário sem um controle externo de seus atos por parte dos demais Poderes. Como se pode acreditar na imparcialidade de um órgão que fiscaliza o "corpo" ao qual está vinculado e é parte integrante?

Para piorar a situação, o art. 103-B da Constituição Federal determina que o Conselho Nacional de Justiça seja composto por 15 membros com mandato de 02 (dois) anos, admitida uma recondução, sendo: O Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça; um desembargador de Tribunal de Justiça; um juiz estadual; um juiz de Tribunal Regional Federal; um juiz federal; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho; um juiz do Trabalho; um membro do Ministério Público da União; um membro do Ministério Público estadual, dois advogados; e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Com uma simples operação de adição é possível perceber que mais da metade dos membros do Conselho Nacional de Justiça, criado para fiscalizar os órgãos do Judiciário e eventualmente aplicar sanções disciplinares a seus membros, pertencem ao mesmo Poder. Será que tal Conselho está realmente preparado para exercer a importante função de fiscalizar o Judiciário e ajudá-lo a sair da Crise?

Talvez os incisos VI e VII do art. 103-B, da Constituição Federal sejam uma "luz no fim do túnel". Tais incisos acrescentam na competência do Conselho Nacional de Justiça a elaboração de relatórios e estatísticas periodicamente. Tais relatórios são de suma importância para se ter uma noção da real situação do Judiciário no tempo presente, para servir de parâmetro com o tempo passado e para orientar a melhor solução para o tempo futuro.

2.2.2. Súmulas Vinculantes

Súmula, num sentido *latu*, é aquilo que explica o conteúdo integral de algo de um modo extremamente sucinto, breve, resumido.

Alfredo Buzaid [40], levando em conta o sentido da palavra no universo jurídico, diz que:

[40] Peña, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. Revista de Processo, Vol. 120. Fevereiro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 79, apud: Buzaid, Alfredo. Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Estado de Minas Gerais.

> Uma coisa é a lei; outra, a súmula. A lei emana do Poder Legislativo. A súmula é uma apreciação do Poder Judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei e a diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a súmula revela-lhe o seu alcance, o sentido e o significado, quando a seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Ambas têm caráter geral. Mas o que distingue a lei da súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo.

Assim, a súmula é uma mera interpretação reiterada de um Tribunal acerca de um determinado assunto.

Já a súmula vinculante, além do caráter interpretativo natural das súmulas, tem também um efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas da federação, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal. Assim, a súmula vinculante tem força de lei e não pode ser contrariada pelos magistrados ou pela Administração Pública.

A pergunta que deve ser feita é: qual o papel da súmula vinculante na Reforma do Judiciário, ou seja, quais os resultados esperados do referido instituto?

Afirmam os defensores da súmula vinculante que uma das principais causas da morosidade é o volume excessivo de processos no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Com as súmulas vinculantes, tais Tribunais (STF e demais Tribunais Superiores), ficariam livres de inúmeros processos decorrentes de causas repetitivas, pois se uma decisão está de acordo com uma súmula vinculante, não há motivo, nem possibilidade jurídica para se levar o processo até os Tribunais Superiores.

Também afirmam os que são favoráveis à súmula vinculante que esta é capaz de trazer uma maior segurança jurídica, gerando maior tranquilidade para os jurisdicionados e contribuindo para a paz social. Para os defensores da súmula em estudo, quando se concentra em um único ou em poucos órgãos superiores especializados a interpretação de um determinado dispositivo legal, vinculando os demais órgãos "inferiores", gera-se uma certeza de resultado capaz de evitar um possível processo, cujo objeto está disciplinado pela súmula vinculante. Não se corre o risco de o magistrado de 1º grau não ter entendimento conforme a súmula, pois esta é, diferentemente das demais, vinculante. Nos dizeres de Eduardo Chemale Peña [41]:

> Ao realizar a interpretação unitária vinculante, o STF e os demais tribunais superiores estariam efetivamente assumindo uma de suas principais funções

[41] Peña, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos. Revista de Processo, Vol. 120. Fevereiro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 86.

> orgânicas dentro da estrutura judiciária como as mais altas Cortes: a de orientadores, controladores e unificadores da jurisprudência.

Por último, alegam os adeptos da súmula vinculante que esta está de acordo com o princípio da isonomia, pois não permite que dois processos em situação idêntica tenham soluções diversas ou até mesmo opostas. Nesse caso, as súmulas vinculantes não permitiriam que o resultado de um processo ficasse nas mãos do destino, ou seja, da distribuição. De fato, soluções diversas em casos idênticas, quando proferidas pelo mesmo Estado, podem gerar revolta e ser um terreno fértil para um maior número de lides.

Estes são alguns dos principais argumentos para a adoção da súmula vinculante pela EC nº 45/04, tendo como principal objetivo contribuir para a solução da Crise no Judiciário, que se instalou desde mais de uma década, como já noticiado neste trabalho.

2.2.3. Súmula Impeditiva de Recursos

A súmula impeditiva de recursos tem como objetivo obstar a admissibilidade de recursos contra decisões que estariam de acordo ou que teriam como fundamento principal o disposto em súmula editada pelo STF ou por algum Tribunal Superior. Já as decisões que contrariassem as súmulas seriam passíveis de recurso pela via ordinária.

Vale ressaltar que tal instituto surge como uma alternativa à súmula vinculante, pois gera os mesmos efeitos do que aquela, sem, contudo, sofrer com o problema do engessamento. Traz os mesmos efeitos, pois visa uniformizar a jurisprudência e impedir uma quantidade absurda de recursos desnecessários.

Entretanto, optou o constituinte derivado pela adoção da súmula vinculante, podendo esta ser editada apenas pelo STF. Acreditamos ser acertada a opção do legislador, pois o instituto das súmulas impeditivas de recursos já era existente no Código de Processo Civil, como se depreende do seu art. 557, com redação determinada pela lei 9.756/98, ou seja, pouquíssimo tempo antes da edição da EC nº 45/04.

2.2.4. Repercussão Geral

Diante do assoberbamento do STF, considerou necessário o constituinte derivado acrescentar na EC nº 45/04 mais um filtro, porém, não novo, intitulado de repercussão geral. O próprio STF, em seu sítio virtual [42], nos traz um conceito resumido, mas completo do referido instituto, dizendo que:

---

[42] Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> Acesso em: 04/08/2015.

> A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a "Reforma do Judiciário". O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.

Dessa forma, o objetivo da repercussão geral é fazer com que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, possa gerar efeitos, ainda que indiretamente, para uma coletividade. Evita-se, com isso, a movimentação de todo o aparelhamento do STF para prestar a jurisdição apenas aos litigantes envolvidos no processo. Tudo indica que, com a repercussão geral, o STF possa gastar mais tempo com questões mais relevantes para toda a sociedade, ou parte dela, deixando de julgar lides em que são partes pessoas insistentes e relutantes a obedecer todas as decisões que já foram proferidas até então.

2.3. O Resultado da Reforma

Após a breve apresentação da Reforma do Judiciário introduzida pela EC 45/04, faz-se necessária uma análise dos resultados dessa alteração constitucional, de forma que se possa verificar a sua real eficácia e a necessidade, ou não, de outro instrumento de combate à Crise no Judiciário.

Os resultados serão medidos através de pesquisas judiciárias [43] feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, levando-se em conta números e dados atinentes à produtividade do Poder Judiciário no Brasil.

Tomaremos como base o ano de 2003 [44] e serão analisados dados da Justiça Estadual de 1º grau, em todas as regiões do país, por ser a que possui maior movimentação de processos, excetuando-se, talvez, a Justiça do Trabalho. Entretanto, diferentemente da

[43] Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em: 07/08/2015.
[44] Foi escolhido o ano de 2003 por ser o ano imediatamente anterior aprovação da EC 45/04, espelhando assim a situação do Judiciário às vésperas da Reforma.

primeira pesquisa com dados estatísticos apresentada neste trabalho, utilizaremos desta vez um método mais sofisticado e que irá apurar a Taxa de Congestionamento do Judiciário, ao invés de sua produtividade. Por óbvio, ao se analisar a Taxa de Congestionamento, analisar-se-á também, indiretamente a produtividade. Ou seja, vamos analisar a produtividade pela via inversa.

A Taxa de Congestionamento foi apurada pelo Conselho Nacional de Justiça através da seguinte fórmula: número de decisões que extinguem os processos dividida pela somatória dos casos novos, dos casos pendentes e dos processos sentenciados, mas que ainda estão em fase de execução. Ou seja, além dos casos novos e do número de processos extintos, utilizados na primeira pesquisa, foram acrescentados os casos pendentes e os que ainda estão na fase executória. A seguir, os resultados da pesquisa.

No Brasil, em 2003, as Justiças Estaduais de 1º Grau que tiveram a maior Taxa de Congestionamento foram as da região Sudeste, com 79%. Logo em seguida, surpreendentemente[45], tivemos a região Nordeste, com 78,90%. Em terceiro lugar, ficou a região Sul, com 76,15%. O quarto lugar foi ocupado pela região Norte, onde foi possível apurar uma Taxa de Congestionamento de 72,90%. Por último ficou a região Centro-Oeste, com uma taxa de 69,80%, ou seja, a região mais produtiva do país no que se refere à prestação jurisdicional. Em nível nacional, a Taxa de Congestionamento atingiu a marca de75, 34%!

No ano da Reforma, ou seja, em 2004, foi constatada a seguinte situação: a região Sul disparou na frente com 82,2% de Taxa de Congestionamento; a região Sudeste, que ficou em segundo lugar, atingiu a marca de 80,23%. Já a região Nordeste, melhorando o desempenho, ficou em 3º lugar, com uma taxa de 77,98%. Em quarto lugar tivemos a região Norte, com 76,80% e, por último e com melhor desempenho no ano da Reforma, ficou a região Centro-Oeste, com 76,67%. A média nacional fechou em 80% de Congestionamento.

Em 2005, o primeiro lugar foi ocupado pela região Sul, com 79% de Taxa de Congestionamento. Em seguida a região Nordeste, diminuindo o seu desempenho, registrou uma taxa de 78,25%. Ocupando o terceiro lugar, com 77,42%, ficou a região Sudeste. A região Centro-Oeste, que nos anos anteriores registrou o melhor desempenho, ficou em quarto lugar, com 76,6%. Por último, e com o melhor desempenho no ano de 2005, ficou a região Norte, com uma incrível Taxa de Congestionamento de apenas 67%. Já a média nacional fechou com uma taxa de 75,65%.

[45] A surpresa se deu pelo fato de que, como mostramos na primeira pesquisa, a região nordeste foi a mais eficiente das regiões, com 70% de produtividade. Entretanto, em 2003, ocupou o segundo lugar na Taxa de Congestionamento.

No ano de 2006, a região Nordeste teve uma taxa de 80,46%, ficando em primeiro lugar entre as regiões do país. A região Sul, com uma taxa de 78,33%, ficou em segundo lugar. O terceiro lugar foi ocupado pela região Sudeste, com uma falta de desempenho de 76,7%. Em quarto lugar, registrando uma Taxa de Congestionamento de 74,35%, ficou a região Centro-Oeste. E, por fim, tivemos a região Norte, mais uma vez com o melhor desempenho, alcançando a marca dos 71,55%. Já a média nacional no ano de 2006 foi de 80,2%.

Em 2007, ganhou o primeiro lugar em questão de congestionamento a região Nordeste, com 79,67%. A região Sul, para "conquistar" o segundo lugar, teve uma taxa de 76,53%. Em terceiro lugar, ficou a região Sudeste, com 75,80% de congestionamento. Já em quarto lugar tivemos a região Centro-Oeste, com a marca de 73,07%. Por último, com a menor Taxa de Congestionamento no ano de 2007, ficou a região Norte, com 67,6%. A média nacional aumentou 0,3% e foi para 80,5%.

O ano de 2008 foi um pouco melhor para o Poder Judiciário, apresentando os seguintes índices: em primeiro lugar, e com a maior Taxa de Congestionamento, ficou a região Centro-Oeste, com a marca de 77,8%; em seguida tivemos a região Sul, com uma taxa de 76,4%. Em terceiro lugar ficou a região Sudeste, alcançando uma Taxa de Congestionamento de 75,8%. Já a ocupante do quarto lugar foi a região Nordeste, com 69,54%. Por último, apresentando o melhor índice do ano de 2008, ficou a região Norte, com 58,8%. A média nacional ficou em 71,66%, apresentando melhora.

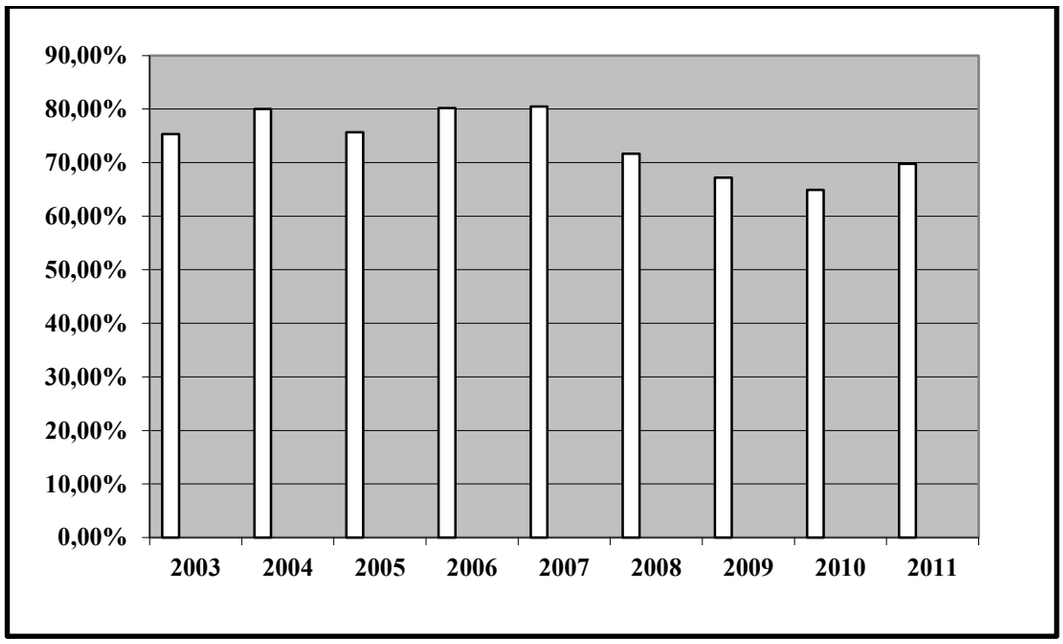
Em 2009, a região Nordeste disparou em primeiro lugar alcançando uma taxa de 70,16%. A região Sudeste ficou em segundo lugar, com 64,7%. O Sul apresentou uma Taxa de Congestionamento de 63,33%. Já a região Centro-Oeste, em quarto lugar, teve problemas na ordem de 62,95%. Por fim, novamente o Norte saiu vencedor, com uma taxa de 57,4%. A média nacional, mais uma vez apresentando "reação", ficou com uma taxa de 67,2%.

No ano de 2010, a região Nordeste apresentou, novamente, a pior Taxa de Congestionamento, ou seja, 67,85%. O Sudeste ficou em segundo lugar, com 67,6%. Em terceiro lugar ficou a região Sul, com uma taxa de 58,6%. A região Centro-Oeste, com 56,25%, ficou em quarto lugar. Por último ficou o Norte, na melhor posição, com uma Taxa de Congestionamento de 56%. A média nacional fechou em 64,9%.

O ano de 2011 foi, em relação ao ano de 2010, um regresso para o Poder Judiciário, pois obteve os seguintes resultados: a região Sudeste, ganhadora disparada, apresentou uma taxa de 72,35%; o Nordeste ficou em segundo lugar, com uma taxa de 69,46%; a região Sul, em terceiro lugar, teve uma taxa de 64,6%; Em quarto lugar, com um resultado de 55,75%,

ficou a região Centro-Oeste. O último lugar foi reservado ao Norte, com uma Taxa de Congestionamento de 53,44%. A média nacional regrediu para 69,8%.

Por fim, mostraremos um gráfico [46] da média nacional da Taxa de Congestionamento desde 2003 até 2011, a fim de verificarmos os resultados da EC nº 45/04 em relação à celeridade.



Através do gráfico e dos dados acima, podemos perceber que a alteração constitucional no Poder Judiciário teve pouca relevância para a melhora do desempenho deste. Se compararmos o último ano da pesquisa (2011) com o ano imediatamente antecedente à Reforma, perceberemos que houve uma alteração, para baixo, da Taxa de Congestionamento de apenas 5.54%. Ou seja, em sete anos após a EC 45/04, o Judiciário teve uma melhora de desempenho de aproximadamente 5%! Não obstante, se pegarmos o ano de melhor desempenho do Poder Judiciário na presente pesquisa, ou seja, o ano de 2010 (64,9%) verificaremos que a diferença não chegou a 10,5%.

Assim, pode-se concluir que nem mesmo 12 anos de projeto e estudo para alterar a Constituição em prol do Poder Judiciário são suficientes para que este cumpra a sua função com celeridade e eficácia. Não basta apenas alterar a Constituição Federal. É necessário buscarmos outras possíveis fontes do que se convencionou chamar Crise do Judiciário, para, após, buscarmos possíveis soluções.

[46] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.

2.4. Outras possíveis causas da Crise do Judiciário

As outras possíveis causas da Crise do Judiciário apontadas por processualistas e juristas de renome são a falta de recursos financeiros e a falta de funcionários (magistrados e servidores) nos quadros da Justiça.

Para verificarmos se tais problemas são realmente as causas principais da morosidade do Judiciário, tomaremos como paradigma a Justiça do Trabalho, que apresentou excelentes Taxas de Congestionamento no ano de 2011 [47], quando comparada com a Justiça Estadual e a Federal Comum.

Primeiramente, mostraremos através de tabela para melhor visualização, a Taxa de Congestionamento (TC) da Justiça Estadual, da Justiça Federal Comum e da Justiça do Trabalho, no primeiro grau de jurisdição.

Tabela 1 [48]

JUSTIÇA	TC
Justiça do Trabalho	49%
Justiça Federal Comum	79%
Justiça Estadual	80%

Nítido está através da tabela acima, que a Justiça do Trabalho tem um desempenho invejável quando comparada às demais (Federal Comum e Estadual), pois a sua Taxa de Congestionamento não chegou a 50%, enquanto as outras duas ficaram bem acima desse percentual.

Por isso, analisaremos a seguir o orçamento e o número de funcionários (magistrados e servidores) da Justiça do Trabalho em comparação com a Justiça Federal Comum e Estadual, no ano de 2011, para que possamos descobrir se o problema está realmente no orçamento, no número de funcionários, ou em nenhum dos dois.

[47] Foi escolhido o ano de 2011 como base para a pesquisa, pois este é o últimoano em que foi feita uma pesquisa com a necessária minúcia sobre o Poder Judiciário.
[48] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.

2.4.1. Orçamento

Há quem afirme que a falta de recursos financeiros destinados ao Judiciário é uma das principais causas da crise que assola tal Poder. De fato, a porcentagem reservada para os órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional, quando relacionada às despesas totais do ente ao qual está vinculado, chega a ser irrisória. Em 2011, a despesa com a Justiça Estadual em relação ao total da despesa pública, considerando a média de todos os Estados da federação, foi de apenas 4,9%.

Um dos defensores de que o déficit orçamentário é uma das principais causas da Crise do Judiciário é o atual presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em um artigo publicado no sítio eletrônico "Consultor Jurídico", disse José Renato Nalini [49] que "O Tribunal de Justiça de São Paulo é o maior do mundo. Seus 55 mil funcionários, seus 2,4 mil magistrados e seus 25 milhões de processos não encontram similar no planeta. Seu crescimento reclama orçamento bilionário. Mas ainda insuficiente para fazê-lo funcionar".

A seguir, analisaremos duas tabelas comparativas da despesa total por habitante da Justiça Estadual, da Justiça Federal Comum e da Justiça do Trabalho, no ano de 2011, a fim de que possamos descobrir se o orçamento é um fator determinante para a Crise do Judiciário ou se outro é o problema.

A primeira tabela (Tabela 2) se refere à despesa total por habitante, levando-se em consideração a somatória do dispêndio de todos os Estados (Justiça Estadual) ou de todas as Regiões (Justiça Federal Comum e do Trabalho). Assim, teremos o gasto de toda a Justiça Estadual do país com cada habitante deste, valendo o mesmo para a Justiça Federal e do Trabalho. Já a segunda tabela (Tabela 3) se refere à despesa total por habitante, considerando-se a média gasta pelos Estados e Regiões.

Tabela 2 [50]

JUSTIÇA	DESPESA TOTAL POR HABITANTE (R$)
J. DO TRABALHO	**1390,91**
J. FEDERAL	**196,92**
ESTADUAL	**4.332,60**

[49] Nalini, José Renato. Orçamento Bilionário do TJ-SP é insuficiente para fazê-lo funcionar. Consultor Jurídico (ConJur). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/renato-nalini-orcamento-bilionario-tj-sao-paulo-insuficiente> Acesso em: 09/08/2015.

[50] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.

Tabela 3 [51]

JUSTIÇA	MÉDIA DA DESPESA TOTAL POR HABITANTE (R$)
J. DO TRABALHO	58,34
J. FEDERAL	35,34
ESTADUAL	137,16

Excetuando-se a discrepância da Justiça Federal Comum, é possível perceber que a Justiça Estadual, em todo o país, tem um gasto muito superior à Justiça do Trabalho. Ora, considerando-se que as despesas públicas pressupõem, no mínimo, a mesma quantia de receita que faça frente a tais despesas, pode-se chegar à conclusão de que a receita da Justiça Estadual, como um todo, é maior do que a receita da Justiça do Trabalho. Entretanto, o desempenho desta supera e muito o desempenho daquela no que se refere à celeridade e eficácia na prestação jurisdicional.

Portanto, fica afastada a tese de que o orçamento é um dos fatores principais para a falta de desempenho do Poder Judiciário. Além disso, a falta de receita, por mais que seja uma realidade no Judiciário brasileiro, é uma questão política, não cabendo aos juristas tal discussão. Como juristas, precisamos encontrar soluções pertinentes ao nosso meio, ou seja, soluções jurídicas.

2.4.2. Recursos Humanos

Outro problema apontado como decorrência do que foi acima apresentado é a insuficiência de material humano para a realização dos serviços. Assim, dizem alguns que a falta de servidores e magistrados é uma das principais causas da Crise do Judiciário. Um dos defensores dessa tese é Donaldo Armelin [52], que diz:

> O que se torna relevante na espécie é a relação feitos/juiz ou feitos/tribunais, a demonstrar a impossibilidade da prestação adequada dos serviços jurisdicionais em situações em que a capacidade de julgar é superada pela massa de processos. Com efeito, conforme artigo intitulado Crise do Judiciário e a visão dos juízes, de autoria de Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, publicado na Revista de USP, n.21, 1994, p. 39, a relação juiz/população no Brasil era de um magistrado para cada 29.542 habitantes.

[51] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.
[52] Armelin, Donaldo. Uma Visão da Crise Atual do Poder Judiciário. Revista de Processo, Vol. 137. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 251.

> Na Alemanha, essa mesma relação era de um juiz para 3.448 habitantes. Mas a situação no Brasil a esse respeito somente pode ter piorado, com o crescimento demográfico e as restrições impostas ao Judiciário pela situação econômica do país.

De fato, a quantidade de mão de obra no Judiciário brasileiro chega a ser irrisória quando comparada com países cuja prestação jurisdicional é mais eficiente. Mas, será que tal fato é a causa principal da crise que se encontra o Poder Judiciário?

Para concluirmos se a falta de mão de obra é ou não justa causa para a Crise do Judiciário, analisaremos duas tabelas, com dados coletados em 2011, tendo como base a mesma fonte das tabelas anteriores. As tabelas foram preenchidas com dados da Justiça Estadual, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal Comum, levando-se em conta o número de servidores/magistrados de todos os Estados (Justiça Estadual) e de todas as Regiões (Justiça do Trabalho e Federal Comum). A primeira tabela (Tabela 4) fornecerá a quantidade efetiva de magistrados nos respectivos órgãos judiciários. Já a segunda tabela (Tabela 5), fornecerá a quantidade efetiva dos servidores (comissionados ou não) naqueles órgãos.

Tabela 4[53]

JUSTIÇA	Nº DE MAGISTRADOS
J. DO TRABALHO	3.189
J. FEDERAL	1.737
J. ESTADUAL	11.835

Tabela 5[54]

JUSTIÇA	Nº DE SERVIDORES
J. DO TRABALHO	49.397
J. FEDERAL	36.468

[53] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.
[54] Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em 09/08/2015.

J. ESTADUAL	**240.854**

Com tais dados, pode-se verificar que o número de magistrados e servidores da Justiça do Trabalho, quando comparada com a Justiça Estadual, é muito menor. O número de magistrados na Justiça Estadual é quase o quádruplo dos quadros da Justiça do Trabalho. Já o número de servidores é quase o quíntuplo.

Assim, considerando que o orçamento e o quadro de funcionários (magistrados e servidores) da Justiça do Trabalho são menores do que o orçamento e o quadro de funcionários da Justiça Estadual, bem como que a Taxa de Congestionamento daquela também é bem menor do que a Taxa de Congestionamento desta, pode-se concluir que o orçamento e a quantidade de mão de obra não são os principais fatores da Crise do Judiciário. Ressalte-se que não negamos a existência de tais problemas. Também não negamos a sua contribuição para a lamentável situação do Judiciário brasileiro, mas consideramos haver um fator mais importante, uma peça chave para este "quebra-cabeça".

Não obstante, mesmo que se considere que o orçamento e a quantidade de mão de obra sejam determinantes para a morosidade da Justiça, deve-se levar em conta que ambos estão compreendidos nas discussões da Ciência Política, pois estão sujeitos a vontades políticas. Por mais que a Constituição tenha garantido a autonomia para o Judiciário, o aumento no quadro de funcionários depende de um aumento no orçamento, que consequentemente fica à mercê das vontades políticas do Executivo e do Legislativo.

Por ter o presente trabalho um viés jurídico, deverá ele trazer soluções jurídicas, até mesmo para problemas que se possam considerar como políticos.

2.5. A lei processual como solução

Após a pesquisa anteriormente realizada (Item 2.3), restou comprovado que a mera alteração da Constituição Federal, mesmo que por uma reforma profunda e específica como foi a decorrente da EC nº 45/04, não é suficiente para resolver o problema da Crise do Judiciário.

Também se constatou que a falta de recursos financeiros não justifica a morosidade da Justiça, posto que o órgão jurisdicional, responsável pelas relações de emprego, recebe um orçamento menor do que a Justiça Estadual, mas alcança um desempenho muito maior.

Além disso, o argumento envolvendo a quantidade de magistrados e servidores, quando utilizada para justificar a menor Taxa de Congestionamento da Justiça do Trabalho

em relação à Justiça Estadual, restou superado, afinal, o quadro geral de funcionários (magistrados e servidores) desta é muito maior do que aquela.

Fato inconteste é que a Justiça do Trabalho, apesar de operar com ¼ do orçamento e do quadro de pessoal inferior à Justiça Estadual, obtém praticamente o dobro do desempenho desta. Afinal, se o orçamento e os recursos humanos não justificam a morosidade da Justiça Comum, o que justifica? O que existe de diferente na Justiça do Trabalho em relação à Justiça Estadual e Federal Comum que permite um desenrolar mais satisfatório do processo?

Salta aos olhos de qualquer processualista que a lei processual trabalhista é completamente diferente da lei processual civil, apesar do uso subsidiário desta em relação àquela.

De fato, o Processo do Trabalho é claramente regido pela celeridade e eficácia. Não há prazo para a contestação após a notificação (citação) da reclamada, devendo aquela ser feita em audiência, com a possibilidade de a defesa ser sustentada oralmente. A audiência é única, compreendendo os atos de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, sendo que a sentença será proferida em audiência (art. 850 da CLT). Quanto aos recursos, não há possibilidade de insurgência, de imediato, contra as decisões interlocutórias. No que se refere à execução, a lei processual trabalhista determina um prazo de apenas 48 horas para que o executado garanta a execução, sob pena de penhora (art. 880 da CLT).

Já a lei processual civil, no processo de conhecimento pelo rito ordinário, prevê um prazo de 15 (quinze) dias para a contestação do réu, para possibilitar, depois, mais 10 (dez) dias para a réplica. Após tudo isso, serão designadas ao menos duas audiências: Audiência Preliminar – art. 331 do CPC e Audiência de Instrução e Julgamento. Encerrada a audiência, é facultado ao juiz proferir a sentença no prazo de 10 (dez) dias. É possível recorrer das decisões interlocutórias através do Agravo de Instrumento. Quanto à execução, caso esta seja de título judicial, terá o executado o prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento da obrigação, caso seja de título extrajudicial por quantia certa, será de 03 (três) dias. Portanto, tanto um prazo quanto outro para cumprimento da obrigação no processo de execução (*latu sensu*) na lei processual civil é maior do que o prazo para cumprimento da obrigação na execução trabalhista.

Por esta visão panorâmica do Processo do Trabalho e do Processo Civil, fica nítida a diferença entre uma e outra. É perceptível que a lei processual trabalhista está muito mais "preocupada" com a concretização da lei material de forma célere e eficaz – de forma a se alcançar os escopos do processo – do que a lei processual civil. Por isso, afirmamos que a solução, ou pelo menos relevante atenuação, para a Crise do Judiciário está na lei processual.

Entretanto, como visto acima, não é qualquer lei que tem o condão de resolver tão grave problema. É necessária uma lei nova, bem redigida e voltada a esse propósito em específico. É necessária uma lei que atenda os jurisdicionados, ao invés dos operadores do direito e de seus estudiosos.

Sobre a importância de uma lei processual bem "confeccionada" também se manifesta Humberto Theodoro Jr[55], ao dizer que:

> O que urge enfrentar e analisar, não é a lei em si, mas seu impacto entre a ação da parte que postula a prestação jurisdicional e a conduta dos órgãos encarregados de realizá-la. E o que, empiricamente, se contata é que, malgrado as sucessivas alterações das leis processuais, a Justiça continua "rotineira e ineficiente", apegada a métodos arcaicos e que, fatalmente, redundam em "julgamentos tardios", que mais negam do que distribuem a verdadeira justiça".

De nada adianta uma alteração no Processo Civil que vise, tão somente, aprimorar a técnica jurídica e legislativa. É preciso aproximar a o Direito Processual dos jurisdicionados, de forma que aquele possa atender com satisfação os interesses destes. Mais uma vez se manifesta Humberto Theodoro Jr, com maestria, ao dizer que "as leis têm de traçar procedimentos simples, claros e ágeis".

Portanto, uma mudança nas "regras do jogo" é essencial para a solução ou, ao menos, considerável diminuição da Crise no Judiciário, de forma que este cumpra o seu papel numa sociedade civilizada. Não se fala aqui de uma mudança nas regras pelo simples aprimoramento da própria regra, mas sim numa mudança no diploma processual capaz de alterar o seu "espírito". Para mudar o "espírito" da lei não bastam alterações pontuais num Código defasado. Faz-se necessário mudar todo o Código de Processo Civil, devendo o novo ser revestido pela capa da celeridade e eficácia.

[55] Theodoro Júnior, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Revista de Processo, Vol. 125. Julho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.Pág. 251.

3. ALTERAÇÕES DO NOVO CPC COM REFLEXO NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O presente e último capítulo deste trabalho terá por objetivo a análise dos novos artigos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 com potencial reflexo na duração razoável dos processos. Ou seja, se a alteração foi benéfica ou se pode, ao revés, causar mais letargia às demandas do Judiciário, aumentando ainda mais a sua crise.

Para facilitar o estudo e a visualização, os referidos dispositivos do Novo Código de Processo Civil (NCPC) serão estudados em blocos, divididos mais ou menos de acordo com o seu Índice Sistemático.

Em primeiro lugar será abordado o Projeto do Novo Código de Processo Civil, bem como a sua Exposição de Motivos, focando principalmente em seus objetivos. Depois serão discutidos os dispositivos em si, agrupados em Parte Geral e Parte Especial, onde esta última será subdividida em: 1) Processo de Conhecimento 2) Recursos e Processos nos Tribunais.

3.1. Exposição de Motivos

O Senado Federal, em setembro de 2009, instaurou uma Comissão de Juristas, liderada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, com o objetivo de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Em junho de 2010 o texto é apresentado e se torna o Projeto de Lei nº 166/2010[56], de autoria do Senador José Sarney.

O Projeto, no mesmo ano, foi aprovado e remetido à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como PL 8.046/2010[57] e teve como relator geral o Deputado Federal Paulo Teixeira. Ressalte-se que nesta fase o Projeto oriundo do Senado foi bastante alterado.

Após o retorno para o Senado como Substitutivo da Câmara dos Deputados, o Projeto foi aprovado em dezembro de 2014 e remetido em 24 de fevereiro de 2015 para o Palácio do Planalto para a devida sanção. Esta ocorreu no dia 16/03/2015[58], com sete vetos[59].

---

[56] Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249> Acesso em 07/10/2015.

[57] Relatório da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013> Acessado em 07/10/2015.

[58] Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1603625-dilma-sanciona-novo-codigo-de-processo-civil.shtml> Acesso em 07/10/2015.

[59] Mensagem de Veto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm> Acesso em 07/10/2015.

A Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil aponta cinco objetivos que guiaram aqueles que redigiram o texto legal: "1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão" [60].

Fica claro que a duração razoável não está listada, de forma expressa, como um dos objetivos do Novo Código. Sem dúvida, ela está implícita na sintonia fina com a Constituição Federal (objetivo 1), mas não foi nem de longe um dos nortes da Comissão de Juristas que elaborou o NCPC. Como bem afirmou Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: "decorridos cinco anos de tramitação do projeto, pode-se reiterar, hoje, com relativa segurança, que o princípio da duração razoável do processo não foi o mote direto, imediato e expresso do projeto em qualquer uma das suas versões" [61].

Ao contrário, o Novo Código teve como bandeira a resolução de problemas do atual CPC, a simplificação do procedimento e a democratização do processo. Mais uma vez,Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[62], com maestria, diz que:

> O novo CPC parece ter priorizado valores relacionados à democratização do processo judicial, buscando fortalecer o contraditório, a transparência e a necessidade de fundamentação. O texto possui um viés muito forte de democratização do processo, de ampliação do debate e da participação, fazendo com que o Poder Judiciário tenha de desenvolver a atividade jurisdicional com o fortalecimento da fundamentação, das razões de decidir (*ratio decidendi*) do julgamento.

Não se ousa discutir a importância da democratização do processo, do fortalecimento do contraditório e da ampliação da fundamentação, mesmo porque são valores previstos na nossa própria Constituição. Entretanto, é inegável que à medida que tais princípios são elevados, na mesma proporção são diminuídos os princípios que lhe são logicamente contrários, como a duração razoável do processo, por exemplo. Também não se está dizendo que a duração razoável do processo é mais importante do que o contraditório, ou vice e versa.

---

[60] Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pág. 15. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08/10/2015.
[61]Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. Os Impactos do Novo CPC na Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 17.
[62]Ibidem, pág. 17.

Já foi dito que ambos são princípios constitucionais e, como se sabe, entre eles não há hierarquia. Cabe-nos aplicar o melhor princípio exigido para cada situação em específico. Considerando-se que a morosidade da Justiça já se tornou endêmica e perdura há décadas em nosso país, talvez fosse o momento de priorizarmos a duração razoável do processo.

3.2. Parte Geral

3.2.1. Princípios

O Novo Código de Processo Civil importou alguns princípios constitucionais processuais, tornando explícito o que antes era implícito e explicado pela doutrina. À primeira vista, tal artifício pode parecer repetitivo e desnecessário, mas ao contrário, tem o objetivo de reforçar tais princípios, mostrar a sua relevância e aproximar o Novo Código da nossa Carta Magna. Nos dizeres do Ministro Luiz Fux, na Exposição de Motivos: "A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual". [63]

O artigo 4º do NCPC dispõe que: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Fica expresso em tal artigo o princípio da duração razoável do processo.

Entretanto, inovando em relação ao texto constitucional e até mesmo complementando-lhe, tal artigo faz menção à atividade satisfativa, ou seja, determina expressamente que o processo deve ter uma duração razoável incluindo-se a fase executiva, onde o direito é efetivamente satisfeito. De fato, não basta que o processo de conhecimento tenha uma duração razoável, que o juiz diga em um espaço de tempo suficientemente curto que uma das partes tem o direito pleiteado, se, por outro lado, este direito não for efetivado, não se materializar. É o que ocorre atualmente, pois às vezes temos um processo de conhecimento findo em um prazo razoável, mas a fase executiva para entregar materialmente o produto do direito para a parte vencedora chega a ser uma eternidade, caso o executado queira se esquivar da obrigação. Portanto, aplaude-se a boa redação que expressa o princípio da duração razoável do processo adotada pelo Novo Código.

Infelizmente, o artigo 4º, por expressar um princípio, é apenas um norte a ser seguido e não tem, por si só, força para impulsionar os processos na direção que por ele foi indicada.

---

[63] Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, pág. 15. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08/10/2015.

Bem afirmou Miguel Reale sobre os princípios, dizendo que estes são "verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade"[64]. Sendo a duração razoável apenas um dos alicerces do novel Código de Processo Civil e havendo outros em sentido contrário, é de se duvidar que possa ter força suficiente para cumprir o seu mister.

3.2.2. Valorização do Contraditório

O princípio do contraditório ou princípio da paridade de tratamento é um princípio fundamental previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assim dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". De forma concisa, mas muito bem explicada, Luiz Rodrigues Wambier (e outros) [65] afirma que:

> Esse princípio, guindado à condição de garantia constitucional, significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. Esse princípio está visceralmente ligado a outros, que são o da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição.

Sem dúvida tal princípio já é observado no atual Código de Processo Civil, mas o NCPC, mais do que observar tal princípio, supervalorizou-o. Como já foi visto, na análise da Exposição de Motivos, um dos nortes do Novo Código de Processo Civil foi o aumento do contraditório. Além disso, dentre os doze artigos presentes no Capítulo I, Título Único, do Livro I da Parte Geral (Normas Fundamentais do Processo Civil), três foram dedicados ao princípio do contraditório. Um quarto das normas fundamentais foi dedicado ao contraditório!

O primeiro deles é o artigo 7º, que assim dispõe: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". Pode-se perceber uma quase cópia do inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal. Difere apenas pelo fato de que a redação do NCPC amplia a redação da Constituição determinando que cabe ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

---

[64] Reale, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Pág. 60.
[65] Wambier, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. Curso Avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 67.

O artigo 9º do NCPC determina que "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida". Fica clara a intenção de se evitar decisão-surpresa, o que sem dúvida seria inadmissível. Por óbvio, tal artigo não se aplica às decisões liminares, sob pena de se perder o efeito da própria decisão.

Já o artigo 10, que está vinculado diretamente ao artigo anterior e deve com ele ser interpretado, reza que: "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

Esses são apenas alguns dos exemplos da valorização do contraditório no Novo CPC, havendo em outros artigos ao longo do novo diploma processual mais situações onde se pode visualizar tal valorização, como no Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica, que será abordado mais adiante.

Agiu corretamente o legislador ao deixar expresso um princípio tão importante num Estado Democrático de Direito, reconhecendo a sua necessidade na busca da Justiça. Contudo, deve-se reconhecer mais ainda o exagero no trato com o contraditório, tornando um princípio benéfico em uma semi-trava ao deslinde processual, aumentando sobremaneira a participação das partes. Nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro[66]:

> Essa preocupação excessiva com o princípio do contraditório e da ampla defesa cria fatalmente um paradoxo, qual seja: o alongamento indevido do processo. Não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome, indiscutivelmente, um tempo maior na resolução das questões processuais ou materiais. Por essa razão, o juiz deve sempre estar atento para eventuais abusos cometidos pelas partes na má utilização deste sagrado princípio, aplicando, sempre que necessário, as medidas coercitivas e sancionatórias ofertadas pelo CPC.

Portanto, verifica-se que o legislador dedicou boa parte da sua atenção ao contraditório e praticamente se esqueceu da tão importante duração razoável do processo. Confirma-se, com isso, o que foi dito na análise da Exposição de Motivos, ou seja, que o norte dos elaboradores do NCPC foi os princípios e objetivos contrários à duração razoável do processo, como, por exemplo, o contraditório.

---

[66] Ribeiro, Darci Guimarães. A Dimensão Constitucional do Contraditório e seus Reflexos no Projeto do Novo CPC. Revista de Processo, Vol. 232. Junho de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 23.

3.2.3. Ordem de Julgamento dos Processos

Dispõe o artigo 12 do NCPC: "Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão". Tal regra, leva em consideração principalmente a data da conclusão. À primeira vista, a ideia de uma ordem cronológica pode parecer justa e benéfica, entretanto, contém alguns defeitos que foram parcialmente corrigidos durante a tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil. Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, "na primeira redação, não havia exceção relacionada às metas estabelecidas pelo CNJ. Não havia, também, exceção em relação aos processos em que outras leis estabeleciam prioridades" [67]. Como exemplo corrente de uma lei que estabelece prioridade, temos a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que determina a tramitação prioritária para os processos em que uma das partes tenha idade igual ou superior a 60 anos.

Depois de algumas alterações no projeto, este recebeu as hipóteses excepcionais relevantes, a exemplo do julgamento dos recursos repetitivos e a extinção do processo sem julgamento do mérito (inciso IV do parágrafo 2º do artigo 12).

Além disso, como já foi dito, a regra geral do artigo 12 do Novo Código leve em consideração a data da conclusão. Entretanto, pode acontecer (e de fato acontece) de vários processos estarem a pouco tempo na conclusão, mas com distribuição de longa data, esperando uma solução. Assim como existem vários processos há muito tempo na conclusão, mas que foram recentemente distribuídos. O que deve ser, afinal, priorizado? Vamos deixar os processos mais antigos no fim da fila de julgamento só porque existem processos muito mais recentes, mas com a data de conclusão um pouco mais distante? Isto parece a fórmula certa para deixarmos aqueles processos com as folhas já amareladas esperarem ainda mais tempo para serem resolvidos.

Contudo, o inciso IX do referido artigo, 12 dispõe que estão excluídos da regra geral os processos cuja causa exija urgência no julgamento, desde que haja uma decisão fundamentada. De imediato é possível identificarmos dois problemas que podem advir desse dispositivo. O primeiro deles é que a regra geral, que era objetiva, passa a ser subjetiva, podendo o juiz, desde que perca alguns minutos fundamentando sua decisão, escolher qual processo deverá ser julgado primeiro. Em verdade, o último inciso é capaz de anular a regra do caput do artigo 12, tornando-a inócua. O segundo problema está ligado à aplicação do artigo 12 nas Varas de Família, onde a fila de processos urgentes é sempre maior do que a fila

[67]Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. Os Impactos do Novo CPC na Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 19.

dos não urgentes, isto porque quase todos os processos nessas Varas especializadas são urgentes. Deverá mesmo ser aplicado tal artigo em tais Varas, causando o risco de cometer um dano irreparável ou de difícil reparação por conta da morosidade, agravada por uma regra que determina a prioridade em relação à data da conclusão? Ou deverá o juiz ter um despacho padrão a ser aplicado em quase todos os processos, tornando a última exceção do parágrafo 2º do artigo 12, a primeira regra a ser aplicada, enquanto a regra do caput se torna a exceção para os processos não urgentes?

Uma terceira questão a ser levantada em relação a esse dispositivo é a que envolve o final do expediente. Imagine-se a situação em que um juiz esteja no final do expediente e na sua frente há uma pilha de processos organizada pela data da conclusão. O primeiro processo da fila é extremamente complexo e requer uma análise mais detida e, portanto, mais demorada, de forma que o juiz ficará em seu gabinete mais tempo do que ficaria normalmente. Em segundo e terceiro lugar há dois processos que podem ser resolvidos rapidamente, por um mero despacho ou uma decisão que não requer mais do que alguns minutos do juiz, de forma que este pode julgar ambos e ainda ir para casa no tempo desejado. Atualmente, o juiz julga os mais simples, dando-lhes andamento, e deixa o mais complexo para o dia seguinte. Pela nova regra, o juiz obrigatoriamente deverá analisar o primeiro caso, mais complexo. Para não ir embora muito tarde, provavelmente tal juiz não julgará esse processo e também não julgará os dois seguintes menos complexos, pois está impedido de julgá-los. Pela nova regra, hipoteticamente, deixamos de dar o andamento necessário a dois processos a mais em um dia. Multiplique-se isso durante um ano inteiro e teremos uma pilha considerável de processos que deixaram de ser julgados naquele ano por conta de uma regra que rema contra a duração razoável dos processos.

Na prática, sabemos que os juízes continuarão selecionando os processos na hora de fazer o julgamento, mas para se adequarem a nova regra, apenas salvarão o texto e deixarão a assinatura para quando chegar a vez daquele processo na ordem de conclusão. Mais um argumento de que a regra estabelecida pelo artigo 12 é inócua e pode facilmente ser burlada.

Felizmente, foi criado o Projeto de Lei da Câmara nº 168/2015, que visa acrescentar a palavra preferencialmente no artigo 12 e 153 do Novo Código de Processo Civil, tornando a ordem de julgamento dos processos uma faculdade, ao invés de uma obrigação.

3.2.4. Contagem e Aumento dos Prazos

Atualmente, a contagem de prazos é realizada em dias corridos, computando-se nos finais de semana e nos feriados. Nesse sentido, dispõe o artigo 178 do Código de Processo Civil de 1973: O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados. Dessa forma, um prazo de 30 dias que tivesse início no dia 08/02/2016, terá o seu término no dia 09/03/2016.

Pela nova regra do CPC 2015, os prazos processuais que são contados em dias, o serão apenas nos dias úteis (art. 219 NCPC). O *lobby* da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para a inclusão da nova sistemática, deve ser sem dúvida, considerado justo. Se o serventuário tem o direito de descansar nos finais de semana e feriados, não juntando petições e dando o devido andamento aos processos, também tem o advogado o direito de não ver correndo o seu prazo nesses mesmos dias.

Contudo, considerando-se que o presente estudo tem por objeto a duração razoável do processo à luz do NCPC, não se pode negar que a alteração legislativa foi um enorme passo para trás no que se refere à celeridade processual. Tomando como base a contagem de prazo hipotética que foi realizada acima, pode-se constatar que os mesmos 30 dias, contados em dias úteis e com início no dia 08/02/2016, terá como termo final o dia 23/03/2016, ou seja, 14 dias[68] a mais na prática de um único ato processual. Se forem considerados todos os atos processuais, a diferença será absurda!

Ainda analisando os prazos processuais, pode-se notar que o Novo Código acaba por ampliá-los. Como exemplo, temos a tentativa de unificação dos prazos para recursos em 15 dias. Também o prazo para manifestação do Ministério Público foi alterado (com um certo exagero), passando para 30 dias úteis.[69]

Fica claro e se dispensa maior argumentação, portanto, que essas alterações relativas aos prazos processuais (forma de contagem e aumento), não vão apenas contra uma possibilidade de um processo mais célere, mas sim atrasam este descaradamente, quando se compara com o atual Código de Processo Civil.

3.2.5. Negócio Jurídico Processual

Como visto anteriormente, o Novo Código de Processo Civil foi cunhado à luz da Constituição de 1988, refletindo diretamente os princípios processuais nela expressos. Dessa

[68] Isso representa um aumento de quase 50% no tempo dos prazos processuais, por ato.
[69] Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. Os Impactos do Novo CPC na Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 20.

forma, um dos nortes do legislador pátrio foi a democratização e simplificação do processo civil.

Uma das consequências dessa nova forma de pensar o processo civil foi a ampliação das possibilidades para se estabelecerem convenções processuais, permitindo às partes pactuarem sobre determinadas etapas ou atos do procedimento. De fato, tal técnica não é uma novidade trazida pelo NCPC, posto que já existente no Código de Processo Civil de 1973, mas de forma mais tímida. Como exemplo, temos a possibilidade de suspensão do feito, a pedido das partes.

O Novo Código de Processo Civil não inova na técnica em si, mas inova ao conferir àquela maior amplitude e possibilidades. Pelo CPC de 73 a flexibilização do procedimento estabelecido previamente pelo legislador só seria possível por imposição legal (art. 654 do CPC, por exemplo) ou por ato judicial (art. 277, parágrafos 4º e 5º do CPC, por exemplo). Como se pode notar, não há na atual legislação processual a possibilidade de flexibilização (alteração) do procedimento pela vontade das partes, que são, em regra, as maiores interessadas no processo.

Com a alteração trazida pelo NCPC, as partes podem participar da alteração do procedimento, com a autorização do juiz[70] ou sem ela. Nas palavras de Trícia Navarro Xavier Cabral[71]:

> O nosso ordenamento processual já vinha admitindo a flexibilização por imposição legal e a por ato do juiz. Porém, a novidade surge em relação às duas outras espécies de flexibilização, ou seja, a por ato conjunto das partes e do juiz e a por atos de disposição das partes, previstas no CPC projetado.

O artigo 191, caput, do novo diploma processual versa especialmente sobre esta última modalidade de convenção, ou seja, a que dispensa a homologação judicial. Reza tal artigo que "versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Como se pode perceber, três são os principais requisitos para a flexibilização do procedimento por convenção entre as partes, sem a participação do juiz: 1 – o acordo deve versar sobre direitos que admitam a autocomposição; 2 – partes plenamente capazes; 3 – o

[70]Como exemplo de alteração do procedimento por vontade das partes condicionada à homologação judicial temos o calendário processual, que será tratado em seguida (item 3.2.5)

[71] Cabral, Trícia Navarro Xavier. Convenções em Matéria Processual. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 497.

objeto do acordo deve estar restrito aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

A princípio, simples são as exigências legais para o pacto processual, incentivando justamente a sua utilização com o objetivo de se simplificar e agilizar ainda mais o processo, para que se possa chegar ao fim desejado, qual seja, a prestação jurisdicional e entrega do direito. Como bem disse Luis Rodrigues Wambier e Ana Tereza Basilio[72]:

> A inovação que insere no ordenamento jurídico o negócio processual certamente é capaz de propiciar um melhor rendimento ao processo, de qualidade e tempo de duração. Está inserida no contexto da ideia de cooperação, que permeia todo o novo código, e que deve ser entendida como a necessidade de que haja esforço de todos os envolvidos na atividade processual, para que o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável.

Não há dúvidas de que tal inovação deve ser aplaudida, ao contrário de muitas outras que não deveriam ter sido nem mesmo cogitadas pelo legislador. Isso porque dificilmente as partes estipularão um procedimento ou atos que alonguem o trâmite processual. Quando um acordo desta natureza é entabulado, a intenção é sempre a simplificação, visando à diminuição do tempo da demanda.

Entretanto, dois obstáculos devem ser superados para que essa moderna e ousada modificação na visão processual possa atingir os fins a que se destina: 1 – obstáculo negocial; 2 – obstáculo institucional.

O primeiro se refere à dificuldade de aceitação pelas partes da técnica inovadora. De fato, se as partes não conseguem chegar a um acordo em relação ao direito material (objeto do próprio processo), não temos grandes motivos para ficarmos esperançosos de que conseguirão chegar a um acordo processual. Será preciso muita racionalidade para deixar as emoções de lado (o que é demasiado difícil para muitas pessoas) e dialogar sobre os rumos do processo em que as partes estão envolvidas.

Sendo a convenção extrajudicial (pré-processo), fará toda a diferença a interpretação do segundo requisito do pacto processual, ou seja, capacidade das partes. Isto porque se a interpretação for no sentido de que basta a capacidade civil, não se exigindo a capacidade postulatória (com representação por advogado), poderá a nova técnica estar fadada a não aplicação pelo seu desconhecimento pelas partes envolvidas, ou pelo desconhecimento do que

[72] Wambier, LuisRodriges; Basilio, Ana Tereza. O negócio processual: Inovação do Novo CPC. Website Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC> Acesso em 14/11/2015.

pode ou não ser pactuado. De fato, poucos são os leigos que conhecem as etapas e as regras do processo civil.

O segundo obstáculo se refere à aplicação da nova técnica pelos cartórios e secretarias, visto que terão que seguir tantos procedimentos quantos forem os processos regulados por convenção processual, o que pode, sem dúvida, gerar confusão. Bem observou Trícia Navarro Xavier Cabral[73] ao dizer que:

> Tanto as disposições sobre procedimento quanto a inserção de prerrogativas judiciais nas convenções não estarão imunes de eventuais dificuldades, já que na prática poderão gerar consequências que talvez a nossa estrutura judiciária não esteja preparada para enfrentar.

Portanto, apesar de estarmos diante de uma ideia bem estruturada para a simplificação do procedimento e da consequente duração razoável do processo, devemos ter a consciência de que os resultados, se vierem, aconteceram de médio a longo prazo, ficando ainda condicionados a uma mudança de mentalidade na sociedade.Para que seja efetiva, tal alteração deve adentrar na consciência das pessoas (partes) e no cotidiano das instituições judiciárias, de forma que aquelas se acostumem com a ideia de um acordo processual tal como se acostumaram com a ideia de acordo no âmbito do direito material e estas (secretarias e cartórios) se estruturem e se adaptem à possibilidade de novos procedimentos.

3.2.6. Calendário Processual

O calendário processual é uma forma de negócio processual. Neste, as partes capazes podem celebrar convenções antes ou durante o processo sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que o litígio verse sobre direito que admita autocomposição.

De acordo com o artigo 191 do Novo CPC, as partes e o juiz podem, de comum acordo, fixar calendário para a prática de atos processuais.

O parágrafo primeiro diz que o calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. Pergunta pertinente nesse momento é sobre qual é a sanção para o juiz (Judiciário) em caso de descumprimento do calendário. Para as partes o prazo é peremptório e a sua perda gera a preclusão, mas quanto ao juiz? Não se pode deixar de considerar que o tempo morto dos processos é também uma das grandes causas da morosidade.

---

[73] Cabral, Trícia Navarro Xavier. Convenções em Matéria Processual. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 510.

Já o parágrafo segundo foi um pouco mais feliz, pois determina que se dispense a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Este foi um avanço do legislador e um ponto positivo no calendário processual, posto que a dificuldade de intimação das partes, bem como do tempo morto de todos os atos da publicação também são causas da morosidade.

Cabe ressaltar que o artigo 191 do NCPC entra em conflito direto com o artigo 12 do mesmo Código, que determina a ordem cronológica de julgamento[74]. Como pode o legislador determinar que os processos devam ser julgados de acordo com a data da conclusão e logo depois permitir que as partes e o juiz estipulem uma data para julgamento?

Por fim, deve-se ter em mente que o processo só é necessário, pois nem sempre as partes são capazes de cumprir com suas obrigações (o que atualmente está ficando muito comum). Então, se as partes não são capazes de cumprir as obrigações advindas do direito material, porque iriam cumprir as decorrentes do direito processual? Se um calendário processual foi fixado, significa que pelo menos uma das partes, em regra, já descumpriu uma obrigação com a outra, sendo esse mesmo o objeto do processo no qual foi instaurado o calendário. Como se pode confiar que essa parte vá cumprir o calendário, se ela ainda resiste em cumprir o direito material da parte adversa?

Portanto, enquanto as questões acima colocadas a respeito do calendário processual não forem satisfatoriamente resolvidas, afirmamos a sua ineficácia no combate a morosidade e sua pouca contribuição para a duração razoável do processo.

3.2.7. Dos Deveres dos Serventuários

O artigo 233, caput e os seus parágrafos primeiro e segundo determinam que qualquer das partes, a Defensoria Pública ou o Ministério Público podem representar ao juiz contra o serventuário que excedeu, sem motivo legítimo, os prazos previstos em lei. Também poderá o juiz constatar de ofício tal falta e, sendo o caso, poderá determinar a instauração de Processo Administrativo, na forma da lei.

De fato, é acertado tal dispositivo, tendo em vista o desleixo de muitos serventuários da justiça, que se acomodam com os salários acima da média do mercado e com a estabilidade garantida pelo Estatuto dos Servidores. Não receberam à toa a fama de acomodados. Sabe-se que existem alguns funcionários que não produzem o mínimo necessário, que "sentam em cima" dos processos. Para esses, tal norma é plenamente aplicável e pode até mesmo cumprir

[74] Cueva, Ricardo Villas Bôas. Flexibilização no Procedimento do Novo CPC. Jota Website. Disponível em: <http://jota.info/flexibilizacao-procedimento-novo-cpc> Acesso em 08/10/2015.

uma finalidade preventiva através do medo da punição, apesar de ser desnecessária em conteúdo, posto que o Estatuto dos Servidores já preveja punição pela desídia.

Entretanto, não podemos generalizar. Dá mesma forma que existem maus exemplos em outros campos da sociedade, há também os bons funcionários, que literalmente perdem o sono durante a noite por não estar produzindo no mesmo ritmo da entrada de novos processos. E estes que perdem o sono, dão o máximo de si durante o dia para movimentar a grande máquina do Judiciário.

Se levarmos ao pé da letra e formos punir cada serventuário pelo descumprimento de um prazo legal, por motivo injustificado, e considerarmos (como muitos que estão do lado de fora do balcão consideram) que o volume de processos não é justo motivo para o atraso dos feitos, correremos o risco de simplesmente aplicarmos sanções a praticamente todos os funcionários dos nossos tribunais! Vamos considerar, hipoteticamente, que inicialmente a sanção aplicada seja a de advertência, ou suspensão. Sendo o motivo do atraso o volume dos processos e considerando que este só tende a aumentar conforme os cidadãos tomem cada vez mais consciência de sua qualidade como tais, as faltas, inevitavelmente, irão sempre se repetir. Repetindo-se as faltas, repetem-se também as sanções e repetindo-se as sanções de advertência e de suspensão chegaremos à sanção de demissão a bem do serviço público. Sim, caro leitor, se o artigo 233 for aplicado ao pé da letra e se a expressão "injustificadamente" for erroneamente interpretada, temos espaço para uma demissão em massa dos nossos servidores, uma demissão em massa de "peças fundamentais" da máquina judiciária. Creio que seja desnecessário discorrer sobre a velocidade de contratação (reposição) de funcionários pelo Estado.

3.2.8. Desconsideração da Personalidade Jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica configura-se pelo afastamento, num determinado caso concreto e provisoriamente, do princípio da autonomia da personalidade jurídica, com o objetivo de atingir os bens dos sócios para pagar as dívidas da sociedade.

Em regra, a desconsideração tem como base legal de direito material o artigo 50 do Código Civil, que assim dispõe: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Entretanto, em matéria processual, não temos nenhum regramento sobre tal instituto no Código de Processo Civil de 1973. Segundo Elpídio Donizetti, "a jurisprudência é vacilante no que tange ao procedimento, uma vez que não se regulamentou a forma com que a personalidade da pessoa jurídica deve ser desconsiderada" [75]. Para o renomado autor, existem duas correntes sobre a forma de procedimento para a desconsideração a ser aplicada no CPC 73. A primeira corrente defende que a desconsideração só ocorre por meio de decisão, respeitado o contraditório e a devida instrução probatória, não podendo ocorrer nas execuções comuns. A segunda corrente diz que a petição pela desconsideração pode ser feita nos próprios autos da execução e neles apreciada, pois se trata apenas de uma questão incidental.

Para resolver tal impasse, o Novo Código de Processo Civil criou o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto nos artigos 133 a 137.

A nova regra dispõe que o incidente pode ser instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133), sendo este cabível em todas as suas fases de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, caput). Pelo parágrafo 2º do art. 134, fica dispensado o incidente quando a desconsideração for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Já o parágrafo 3º do referido artigo, determina a suspensão do processo principal, até a solução do incidente. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135), de forma que, concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (art. 136), recorrível, portanto, através de Agravo de Instrumento.

Uma observação que deve ser feita é em relação ao momento da propositura do incidente. Se ele pode ser proposto em qualquer fase do processo de conhecimento, tendo o terceiro direito de resposta no prazo de 15 dias, deve-se concordar também que o resultado do processo principal, caso seja acolhida a desconsideração, também afetará aquele (sócio se a ré do processo principal for a pessoa jurídica). Imagine-se, então, que o incidente foi proposto pouco antes da sentença.

Pelo o que dispõe o artigo 9º do NCPC, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Apesar de o incidente estar disciplinado no Título "Da Intervenção de Terceiros", é inegável que se houver de fato a desconsideração da personalidade jurídica, o terceiro passa a ser parte no processo principal.

---

[75] Donizetti, Elpídio. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Website "JusBrasil". Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940197/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-ncpc> Acesso em: 09/10/2015.

Dessa forma, pela observância do artigo 9º do Novo CPC, eventual sentença que condene o sócio, juntamente com a sociedade, a pagar pelas dívidas dessa, é nula, pois não foi respeitado o contraditório e o direito de defesa do sócio. Como consequência, o processo retornará ao início, para que seja dada a oportunidade ao sócio de participar de uma audiência de conciliação e não sendo esta frutífera, oferecer contestação... Enfim, teremos simplesmente um novo processo em relação ao sócio, enquanto a sociedade se beneficia com o tempo ganho.

Talvez fosse um pouco mais justo e atenderia de forma mais eficaz ao princípio da duração razoável do processo se a sentença fosse proferida pelo menos em relação à sociedade, podendo, contra esta, se iniciar a fase executiva, mesmo que a dívida não seja integralmente satisfeita.

Cremos que o ideal seria considerar que o terceiro agiu com dolo, de forma fraudulenta, visando prejudicar o direito dos credores e, por isso mesmo, assumiu todos os riscos da falcatrua, incluindo o da desconsideração da personalidade jurídica, motivo pelo qual não está incluído na regra do artigo 9º.

Se for adotada esta última posição, a nova parte terá direito de se manifestar apenas a partir do momento em que ingressou nos autos principais, após a decisão do incidente, o que não prejudicaria o credor. De fato, se esta não for a posição adotada pelos nossos tribunais, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que visa proteger o credor das manobras escusas do devedor, estará completamente desvirtuada. Qualquer posição que reconheça a aplicação do artigo 9º ao terceiro (agora parte) causará uma demora excessiva para se atingir o seu patrimônio, frustrando, assim, a própria finalidade do processo e perpetrando-se uma verdadeira injustiça!

Como se pode constatar, contraditório e duração razoável estão em polos opostos, de forma que quanto mais se busca por esta, mais se afasta daquele. No caso da desconsideração da personalidade jurídica, a Justiça é alcançada muito mais através da duração razoável do que pelo contraditório, posto que o terceiro já teve sua oportunidade de defesa no incidente e o credor está buscando de todas as formas satisfazer o seu crédito.

3.2.9. Citações e Intimações Eletrônicas

Outra inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil foi a possibilidade de citação e intimação através do correio eletrônico. O artigo 319 estipula como requisito da petição inicial a indicação, pelo autor, do endereço eletrônico do réu.

Por outro lado, o artigo 246, parágrafo 1º, dispõe que:"Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processos em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio".

A intenção do legislador foi nobre, pois visa acelerar etapas que podem ser extremamente conturbadas e demoradas, quais sejam, a citação e a intimação (desde que essa última não possa ser efetuada através do advogado da parte). Muitas vezes o objeto do processo é simples, mas o trâmite para a citação pode tornar um caminho plano completamente tortuoso, com buscas de endereço através de bancos de dados públicos (Bacenjud, Renajud, IIRGD) ou privados (Serasa, SCPC), seguido pela expedição de inúmeros mandados nos endereços localizados e, por fim, a publicação de edital caso as tentativas de localização não sejam frutíferas.

Contudo, devemos nos atentar para o fato de que as microempresas representam 99% das empresas do país[76] e são justamente essas, juntamente com as empresas de pequeno porte, que estão isentas da obrigatoriedade de manter cadastro nos sistemas de processos em autos eletrônicos. Se o legislador realmente tinha a intenção de que as empresas do país fossem citadas e intimadas via correio eletrônico, seria mais feliz se tivesse incluído as microempresas e empresas de pequeno porte na regra do artigo 246, parágrafo 1º. Em suma, temos mais uma norma completamente inócua e sem aplicação prática.

Além disso, devemos nos preocupar com o momento da citação/intimação por meio do correio eletrônico. Será considerado o momento do recebimento ou da leitura efetiva? Ou será considerada a juntada aos autos do comprovante de recebimento ou do comprovante de leitura? Se for considerado como praticado o ato o momento da efetiva leitura, para que se possa ter maior segurança jurídica e não se alegue mais tarde desconhecimento do ato, como lidaremos com a opção de não envio do comprovante de leitura, presente em alguns correios eletrônicos?

Quanto às pessoas físicas, quando o autor indicar o endereço de *e-mail* do réu, como teremos certeza de que o endereço indicado pertence a este? Deve-se lembrar que os endereços de *e-mail* podem conter poucas ou nenhuma informação relativa ao seu titular, gerando uma grande insegurança quanto ao acerto do destinatário. Se o endereço para o qual

[76] Notícia do Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentes-diz-ipea> Acesso em: 09/10/2015.

foi enviada a citação ou intimação não pertencer ao réu, este pode anular o processo até a fase da prática do ato.

Portanto, aplaudimos a intenção do legislador de tentar agilizar atos que muitas vezes são os responsáveis pelo atraso nos processos, mas fica claro que o regramento foi muito genérico e pouco pensado, o que torna tal norma praticamente vazia de aplicação prática. Sendo quase vazia de aplicação prática, quase vazia é também a contribuição dessa alteração para a duração razoável do processo e de sua eficácia.

3.2.10. Da Tutela Antecipada

Com o advento da Lei 8.952 de 1994, tornou-se possível a satisfação antecipada da tutela durante a ação principal. Tal antecipação foi possível com a alteração do artigo 273 do atual Código de Processo Civil. Antes da referida lei, utilizava-se, de forma tecnicamente incorreta, as ações cautelares, originalmente criadas para garantir a satisfação final do direito ou as provas a ele correlatas.

Com isso, a partir da Lei 8.952 de 1994, nosso sistema de "medidas de urgência" passou a ter dois regimes: o da tutela cautelar (tendo como requisitos o *fumus boni júris* e o *periculum in mora*) e o da tutela antecipada (exigindo-se a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação). Apesar de benéfica, a alteração gerou dificuldades para se caracterizar um ou outro instituto, de forma que era pleiteada tutela cautelar, quando se deveria pedir antecipação de tutela e vice e versa. Com o formalismo de nossos tribunais, o equívoco dos advogados, muitas vezes justificado, levava ao indeferimento da medida e a parte ficava sem o bem da vida de que tanto necessitava. Para resolver tal problema, a Lei 10.444 de 2002 acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 273, estabelecendo a fungibilidade entre as medidas (cautelar e tutela antecipada) [77].

O Novo CPC, contudo, trouxe à tona o problema resolvido pela Lei 10.444/02, criando a tutela cautelar e a tutela antecipada, que apesar de terem os mesmos requisitos [78] (probabilidade de direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), têm procedimentos completamente diversos. Ficaremos apenas na tutela antecipada, pois foi a que apresentou maior contradição e malefícios à duração razoável do processo.

---

[77] Dotti, Rogéria. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo. Website "Migalhas". Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos> Acesso em 11/10/2015.

[78] Art. 300: 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.

O artigo 303 do NCPC dispõe que "nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada (...)". Concedida a tutela, terá o autor o prazo de 15 dias para aditar a inicial e requerer a confirmação do pedido da tutela final, complementando sua argumentação e juntando novos documentos, se for o caso.

Após a decisão que concedeu a tutela antecipada, o réu deve interpor o recurso cabível (Agravo de Instrumento), sob pena de estabilização da demanda e extinção do processo sem resolução do mérito. Após, caso o réu ou até mesmo o autor, queira reverter ou alterar a decisão, deverão ingressar com nova ação, dentro do prazo de dois anos (art. 304, parágrafo 5º), distribuída por dependência à anterior (art. 304, parágrafo 4º). Caso não haja recurso da decisão ou nova ação para reverter ou modificar a tutela antecipada, a nova situação (entrega do bem da vida ao autor) permanecerá estável.

De fato, o legislador deveria ter optado por uma espécie de impugnação a tal decisão, ao invés de obrigar o réu a interpor Agravo de Instrumento contra a respectiva decisão. Tal escolha aliviaria os tribunais e tornaria mais ágil o procedimento na primeira instância, que não precisaria aguardar o desfecho do Agravo de Instrumento.

Além disso, considerando-se que a estabilização só ocorrerá se o réu não interpuser recurso da decisão (em 15 dias contados da citação), é de se esperar que este quase sempre recorra. Por outro lado, pela nova regra do Código, se o autor não aditar a inicial no prazo de 15 dias contados da intimação da decisão, o processo será extinto sem resolução do mérito. Caso o réu interponha o recurso cabível, sem que o autor tenha aditado a inicial, a tutela não se estabiliza e o autor perde o bem da vida que recebeu. Na prática, provavelmente o prazo para o autor aditar a inicial terminará antes mesmo que o réu seja citado. Não tendo como saber se este interporá ou não o Agravo de Instrumento (provavelmente o fará), não tem o autor outra escolha a não ser aditar a inicial e dar início a um longo e demorado processo de conhecimento[79].

Melhor seria se o prazo para aditamento da inicial e consequente continuidade ao processo se iniciasse após a interposição do recurso pelo réu. Do contrário, a estabilização perde sentido e uso, tendo em vista a impossibilidade de se prever se o réu irá ou não recorrer e a não propensão humana de arriscar a perder o que já recebeu.

[79] Machado, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Website "Jota". Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais> Acesso em: 11/10/2012.

Mais uma vez o Novo Código de Processo Civil se afastou da realidade e criou mecanismos que, ao invés de facilitar o alcance da duração razoável do processo, são verdadeiros empecilhos para a perseguição desse objetivo.

3.3. Parte Especial

3.3.1. Audiência de Conciliação

A conciliação, como foi visto no Capítulo I, é uma forma de autocomposição de litígios, onde ambas as partes cedem parte de seu direito (ou ao menos acreditam que estão cedendo) em prol de uma resolução pacífica e mutuamente vantajosa. Por tal solução agradar ambas as partes, não é difícil chegar à conclusão de que é uma das formas mais eficazes para se acalmar os ânimos dos litigantes e pacificar a sociedade. Afinal, quando um terceiro decide a lide integralmente a favor de apenas uma das partes, pode-se ter o fim do processo, mas nem de longe se chegará à pacificação, salvo raras exceções de uma sentença clara e bem fundamentada.

A redação original do atual Código de Processo Civil não continha uma audiência de conciliação apartada da audiência de instrução e julgamento, sendo aquela proposta apenas quando da abertura desta. Todavia, com a tomada de consciência da importância da audiência de conciliação, foi criada, em 2002, uma nova oportunidade de conciliação, perante o Poder Judiciário, entre as partes.

A Lei 10.444/02, ao dar nova redação ao artigo 331 do CPC-73, reservou uma oportunidade em que as partes não precisam argumentar umas contra as outras, mas ao contrário, deverão tentar encontrar a melhor solução para a lide. Caso não haja acordo, só então é que na mesma audiência será proferido o despacho saneador ou julgamento antecipado.

O novo Código, em seu artigo 334, optou por apostar na audiência de conciliação/mediação na fase pré-processual, determinando que o juiz, ao receber a inicial, deverá designar audiência de conciliação ou mediação. Se a audiência não for frutífera, abre-se prazo para o réu oferecer a contestação. Pelo parágrafo 4º, inciso I, do referido artigo, a audiência só não ocorrerá caso ambas as partes declarem, expressamente, desinteresse, ou se o objeto da lide não comportar a autocomposição. Tal audiência poderá se desdobrar em até duas sessões, desde que necessárias a composição das partes (parágrafo 2º do art. 334). O não comparecimento do autor ou do réu será considerado como ato atentatório à dignidade da justiça punido com multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa,

revertido em favor do Estado ou da União (parágrafo 8º). As novas regras para a audiência de conciliação apresentam dois defeitos[80] em relação à eficácia e a duração razoável do processo, como se verá a seguir.

O primeiro defeito da nova sistemática do NCPC se encontra na falta de estrutura do Poder Judiciário brasileiro para atender a alteração trazida para as audiências de conciliação e mediação. É fato notório que os tribunais do nosso país, inclusive o tribunal paulista, pelo *déficit* orçamentário em que vivem, não possuem uma estrutura suficiente e adequada nem mesmo para gerir os atos tipicamente processuais (como exemplo, a falta de servidores e juízes). Se a audiência de conciliação/mediação se tornar semi-obrigatória, como quer o NCPC, não há dúvida de que as pautas de tais audiências se alongarão por meses, justamente pela falta de estrutura capaz de atender a todas as demandas. Como exemplo da falta de estrutura, pode-se citar o Fórum de Campinas/SP, que mesmo sendo um dos maiores Fóruns do interior paulista (se não o maior), conta apenas com três salas reservadas ao CEJUSC. Ressalte-se que não se critica aqui a obrigatoriedade da audiência de conciliação/mediação ou a existência de tal audiência em si, mas sim a falta de estrutura do nosso Judiciário para recebê-la. Se o orçamento deste Poder for incrementado e uma estrutura física para que se possa praticar tais audiências num espaço de tempo relativamente curto, será a referida alteração trazida pelo NCPC louvável e poderá sem dúvida contribuir para uma duração razoável do processo. Como bem disse o professor Thiago Rodovalho, ao se referir à necessidade do Brasil em fortalecer o sistema multi-portas de solução de conflitos: "precisa e muito de iniciativas desse jaez, pois o país desenvolveu e vive uma cultura de litígio, como se todo e qualquer conflito houvesse de ser judicializado" [81]. Entretanto, se nenhuma providência for tomada em relação ao aparelhamento do Poder Judiciário para receber o grande volume de audiências de conciliação/mediação que está por vir, não alcançará tal alteração plenamente a sua finalidade.

O segundo defeito, que não deixa de ser uma consequência do primeiro, se encontra na abertura da possibilidade de o réu, de má-fé, protelar o processo e adiar a satisfação do interesse do autor. Caso o réu saiba que o autor está com a razão e aquele não deseje firmar um acordo com este, pode muito bem não se manifestar contra a audiência de conciliação/mediação apenas para ganhar mais tempo para contestar ou "arrastar" o processo

[80] Gajardoni, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Website "Jota". Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 17/08/2015.
[81] Rodovalho, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Website "Jota". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria> Acesso em 24/11/2015.

por mais alguns meses[82]. Como se não bastasse a possibilidade de tal artifício, tem o réu outra possibilidade para a procrastinação, ou seja, pode sugerir a realização de uma segunda sessão da audiência de conciliação. Só depois da segunda audiência é que se abrirá o prazo para a contestação.

Mais uma vez, não se nega a importância e a eficácia da audiência de conciliação/mediação. Além de importante, é um dos melhores meios para uma verdadeira solução da lide e não apenas do processo. Entretanto, é duvidosa a estrutura do Poder Judiciário para receber tal alteração e permitir que tais audiências possam cumprir de forma plena a sua finalidade. Caso uma das partes (principalmente o réu) esteja de má-fé, a sistemática trazida pelo Novo Código pode ser extremamente danosa para o autor e para o próprio Poder Judiciário, que vê um de seus "braços" sendo utilizado contra ele mesmo.

3.3.2. Admissibilidade dos Recursos

De acordo com a sistemática do atual Código de Processo Civil, o juízo de admissibilidade da maioria dos recursos é realizado duas vezes, ou seja, uma pelo juízo *a quo* e outra pelo juízo *ad quem*.

Tal regramento tem como objetivo evitar que recursos que nem mesmo atendem aos requisitos de admissibilidade subam aos tribunais, atolando os desembargadores com processos que nem mesmo terão seu mérito analisados.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, fez um desfavor para os nossos tribunais, pois retirou a competência do juízo *a quo* de analisar a admissibilidade dos recursos. Assim, interposto este, cabe apenas ao juiz dar vista à parte contrária para contrarrazoar, determinar em quais efeitos recebe o recurso e encaminhar ao tribunal competente. Tal regra está prevista no artigo 1010, parágrafo 3º do NCPC, que assim dispõe: Após as formalidades previstas nos parágrafos 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Agora, simplesmente todos os recursos interpostos chegarão às portas dos tribunais, mesmo que não tenham a menor condição de segmento para o julgamento do mérito. Para que deixar um processo que já deveria estar extinto tramitando? Por que não antecipamos o fim de algo que está fadado a não "dar frutos" (julgamento do mérito)?

Além do mais, uma lei processual que foi elaborada em sintonia fina com a Constituição Federal não deveria violar um de seus princípios, qual seja, o da eficiência

[82] O prazo para contestação é de 15 dias da data da audiência, mas até a intimação do réu e a realização desta já se pode ter passado meses.

previsto no art. 37 da Carta Magna. Quando encaminhamos um recurso cujo mérito não poderá ser analisado para um tribunal e movimentamos toda a máquina judiciária de segunda instância sem necessidade aparente, estamos sem dúvida sendo ineficientes, ou pelo menos contribuindo para a ineficiência (julgamento com duração razoável) dos demais processos que terão seus méritos julgados.

Felizmente, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2384/15 (PL 2384/15), de autoria do Deputado Carlos Manato. Tal projeto visa, dentre outras coisas, restabelecer o juízo prévio de admissibilidade dos Recursos Especiais e Extraordinários, realizado pela 2ª instância. A justificativa do referido Projeto de Lei indica que 48% dos Recursos Especiais são barrados pelo filtro realizado pelo tribunal de origem, o que comprova a importância do juízo de admissibilidade feito pelo juízo *a quo* para evitar o desnecessário abarrotamento do juízo *ad quem*.

Entretanto, é necessário perceber que o PL 2384/15 altera apenas o artigo 1030 do NCPC e seu parágrafo único, que estão compreendidos na Seção II (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial), ou seja, restabelece o duplo juízo de admissibilidade apenas para os processos que deverão ser remetidos para os Tribunais Superiores (em Recurso Especial e Extraordinário), mas não para os processos que se deslocam do primeiro para o segundo grau de jurisdição em sede de apelação. Fica inalterado, portanto, o artigo 1010, parágrafo 3º.

Pode-se, com espanto e indignação, chegar à conclusão de que a proposta de alteração do novel Código de Processo Civil foi resultado de um forte *lobby*[83] feito por uma comissão de ministros do STJ que teve como objetivo beneficiar apenas os Tribunais Superiores e seus membros, ao invés de se preocuparem com o Poder Judiciário brasileiro como um todo. Afinal, a quantidade de processos que chegam aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais é maior do que a que chega aos Tribunais Superiores, de forma que o prejuízo daqueles com a retirada do duplo juízo de admissibilidade é muito maior do que o prejuízo que seria experimentado por estes.

3.3.3. "Embargos Infringentes" de Ofício

Os embargos infringentes no atual Código de Processo Civil, previstos no art. 530, são o recurso cabível contra acórdão não unânime proferido em apelação ou ação rescisória e que reformou a sentença de mérito do juízo *a quo*. Tal recurso não é de grande necessidade, posto

[83] Câmara votará mudança sobre juízo de admissibilidade no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/camara-votara-pl-que-muda-juizo-de-admissibilidade-no-novo-cpc> Acesso em: 14/11/2015.

que já foi respeitado o duplo grau de jurisdição quando do julgamento da apelação ou da ação rescisória. Além disso, acaba por ser um dos responsáveis pela morosidade processual. Nos dizeres de Luis Rodrigues Wambier (e outros) [84]:

> Os embargos infringentes são recurso cuja subsistência é muito criticada, porque se considera que, pelo menos em parte, a excessiva duração dos processos no Brasil se deve a recursos como esse, sem os quais o sistema poderia tranquilamente sobreviver, como ocorre em outros países, já que os embargos infringentes são um recurso tipicamente luso-brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil alterou o regramento dos embargos infringentes previstos no Código de Processo de 73. Na atual sistemática, prevista no artigo 942 do NCPC, não haverá mais a necessidade de interposição do referido recurso pela parte vencida, pois caso o acórdão seja não unânime, reformando sentença de mérito ou terminativa [85], o julgamento prosseguirá em nova sessão com a presença de novos julgadores, ou na mesma sessão, se possível.

Durante a continuação do julgamento as partes e eventuais terceiros poderão sustentar oralmente suas razões perante os julgadores. Além disso, houve também um aumento das hipóteses de cabimento do que hoje chamamos de embargos infringentes. Enquanto no CPC de 1973 só eram cabíveis embargos infringentes dos acórdãos provenientes de apelação e ação rescisória, o NCPC além de manter as já existentes, criou uma terceira hipótese para o julgamento fracionado, permitindo este nos acórdãos originários de Agravo de Instrumento que reformou a decisão interlocutória.

Atente-se para o fato de que a continuação do julgamento ocorrerá de ofício, diferentemente do que ocorre no atual CPC, que necessita da provocação da parte vencida, o que nem sempre ocorre. Ao invés de se reduzir o número dos recursos existentes no nosso ordenamento jurídico, retirando-se aqueles que são desnecessários como os embargos infringentes, alterou-se este (talvez um dos mais desnecessários) para que ocorra de ofício, prolongando-se ainda mais o processo. Talvez a parte vencida já tivesse se conformado com a decisão e não fosse mais recorrer, colocando-se, assim, fim em pelo menos uma fase do processo (fase de conhecimento). Agora, mesmo que ela tenha se conformado, o processo continuará, contra a sua vontade e principalmente contra a vontade da parte vencedora,

---

[84] Wambier, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. Curso Avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 636.

[85] Ampliou-se a possibilidade dos atuais "embargos infringentes" (julgamento fracionado, pelo NCPC), permitindo novo julgamento caso haja a reforma não unânime tanto das sentenças resolutivas (única possibilidade no atual CPC), como das sentenças terminativas.

alongando-se de forma completamente inútil. Bem afirmou Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[86]:

> No âmbito dos Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs), essa nova técnica de julgamento terá um impacto grande porque, diante das decisões por maioria, haverá a necessidade de outro julgamento, o que provavelmente alongará a tramitação do processo.

Para piorar a situação da duração razoável do processo, ampliou-se as hipóteses de cabimento do "novo recurso", permitindo-se a sua ocorrência quando a sentença for terminativa e quando houver acórdão em Agravo de Instrumento que reformou a decisão interlocutória.

Portanto, fica evidente que a alteração nos recursos não foi completamente satisfatória para a duração razoável do processo, aliás, foi para esta um verdadeiro desastre. Criou-se um procedimento completamente desnecessário e ainda pior do que o seu anterior (embargos infringentes). Tal alteração demonstra mais uma vez a excessiva e patológica preocupação do legislador com o contraditório e a segurança jurídica em detrimento da duração razoável do processo.

[86] Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. Os Impactos do Novo CPC na Razoável Duração do Processo. Revista de Processo, Vol. 241. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pág. 21.

CONCLUSÃO

É inegável o fato de que o direito material nem sempre é respeitado, seja pela ignorância, seja pela má-fé. Disso decorre a importância do Poder Judiciário, aplicando e materializando o direito material para possibilitar uma convivência pacífica no seio da sociedade, de onde naturalmente surgem conflitos de interesses.

Para cumprir o seu mister de forma justa e eficaz, o Estado, desde a Roma Antiga, passou a utilizar-se do processo, ou seja, de uma sequência de atos preordenados tendentes a um fim. A principal finalidade do processo, que dá origem aos demais escopos deste (político, jurídico e social) é a pacificação da sociedade, com a diminuição dos ânimos de seus integrantes, para que a convivência em grupo não se torne impossível com a aplicação indiscriminada da autotutela. Entretanto, a satisfação de pelo menos uma das partes só se efetiva com a entrega do bem da vida a quem de direito. Se a demora na prestação jurisdicional for demasiada, o bem da vida disputado pode perecer ou tornar-se desnecessário.

A crise pelo qual passa o Judiciário brasileiro (e também outros países) nas últimas décadas é motivada justamente pela morosidade excessiva na prestação jurisdicional. Pode-se constatar através de pesquisas históricas que o Poder Judiciário no Brasil passou por sucessivas reformas constitucionais, culminando com a Emenda Constitucional 45/2004. Contudo, nenhuma das referidas reformas foi suficiente para resolver ou diminuir sensivelmente o problema da letargia na solução dos conflitos, como demonstrado pelos resultados das pesquisas judiciárias realizadas pelo CNJ.

Problemas de outra ordem são trazidos à tona por diversos juristas como sendo a causa da morosidade processual, dentre eles a falta de recursos humanos e financeiros. Mais uma vez restou comprovado através de pesquisas (expressas em tabelas), especificamente comparativas com a Justiça do Trabalho, que tais problemas não podem ser o centro da ineficiência da Justiça Comum.

Qual então seria o problema? Comparando-se a Justiça do Trabalho com a Justiça Comum, pôde-se perceber que a diferença gritante entre elas e que pode determinar uma menor ou maior produtividade, está no procedimento, na lei processual. Não se fala aqui de uma mera alteração num ou noutro artigo, ou em apenas de uma parte do Código de Processo, mas sim em uma verdadeira reforma de todo o Código, alterando-se o seu espírito norteador.

O legislador pátrio teve a chance de fazer tal reforma através do Novo Código de Processo Civil. Teve a chance de alterar o procedimento de forma a torná-lo mais eficaz e célere.

Infelizmente, após uma análise da Exposição de Motivos do NCPC, constatou-se que apesar de algumas indicações que se referem à razoável duração do processo, foi o Novo Código de Processo Civil orientado fundamentalmente por princípios completamente opostos àquela, como o contraditório e a segurança jurídica, por exemplo.

Também no texto do NCPC foram identificadas alterações e inovações completamente equivocadas e distantes da realidade forense. Podem-se perceber alterações contraditórias e completamente nocivas para um bom andamento do processo, que deveria ter um caminho límpido, ao invés de ser obstruído por procedimentos mal planejados. Tais alterações, que trouxeram verdadeiro prejuízo à celeridade processual, ou no mínimo, em nada ajudaram para um processo com duração razoável, não estão apenas em uma parte específica do NCPC, mas espalhadas por todo o seu texto, desde a Parte Geral até os Recursos.

Foi demonstrado que o processo é uma arma poderosa no combate à morosidade e consequentemente à Crise do Judiciário. Tiveram a chance de redigir um novo Código de Processo Civil, de inserir mecanismos e alterações que pudessem ajudar verdadeiramente o processo a atingir o seu escopo, dentro de um prazo razoável, o que não se consegue há décadas.

De fato, teve o NCPC alterações positivas em relação à simplificação e à duração razoável do processo, como a possibilidade de fungibilidade entre o Recurso Especial e Extraordinário (art. 986 e 987, NCPC), o aumento de valores para a remessa necessária (art. 483, parágrafo 2º, NCPC), dentre outras. Entretanto, a quantidade de tais alterações (positivas) é tão pequena perto dos equívocos e das modificações a par da realidade, que muito provavelmente não serão capazes de gerar os efeitos necessários para termos o tão desejado processo com duração razoável.

Isso porque o legislador preferiu deixar para um segundo plano um problema que é de primeira importância. Não se nega a necessidade do contraditório e da segurança jurídica dentro de um Estado Democrático de Direito, mas de nada adianta garantirmos o meio de descuidarmos do fim. A prestação jurisdicional para a pacificação da sociedade é o fim primeiro do processo. Se a demora em tal prestação for grande o bem da vida pode perecer e a tutela perde seu objeto. Não havendo a prestação da tutela jurisdicional, o processo não atinge o seu fim e perde a própria razão de ser. O contraditório é apenas um meio para se chegar ao fim com Justiça.

Portanto, chega-se à conclusão de que o legislador deveria sim ter fortalecido o contraditório, a segurança jurídica, a informalidade, dentre outros princípios que garantam um meio melhor e mais justo, mas tendo como objetivo primeiro a duração razoável do processo,

não só por uma construção lógica baseada nos escopos do processo, mas por ser isto o clamor de toda a sociedade brasileira (tanto as partes como os operadores do Direito) que não aguentam mais esperar por uma prestação jurisdicional eficaz e num tempo razoável. Esta sim seria uma das formas de se resolver (ou de se atenuar) a Crise do Judiciário sem os entraves político-orçamentários e de se fazer Justiça!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de DerechoProcesal Civil**, Vol. I. – Buenos Aires: Gráfica Lafs.r.l, 1996;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª Ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 13ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª Ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001;

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. Ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 13ª Ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2011.

PANUTTO, Peter. **Tutela Específica nos Procedimentos Especiais**. Campinas: Milennium Editora, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Vol. I. 53ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Artigos em periódicos:

ARMELIN, Donaldo. **Uma Visão da Crise Atual do Poder Judiciário**. Revista de Processo, Vol. 137. pp. 166-187. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. **Possibilidade de Efetivação do Direito à Razoável Duração do Processo**. Revista de Processo, Vol. 139. pp. 265-279. Setembro de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em Matéria Processual**. Revista de Processo, Vol. 241. pp. 489-517. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Direito à Duração Razoável do Processo: entre eficiência e garantias**. Revista de Processo, Vol. 223. pp. 177-204. Setembro de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARBONAR, Dante Olavo Frazon. **O Princípio da Razoável Duração do Processo: Noções sobre o Acesso Qualitativo e Efetivo ao Judiciário**. Revista de Processo, Vol. 224. pp. 53- 82. Outubro de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo.** Revista de Processo, Vol. 128. pp. 164-173. Outubro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **As Causas da Morosidade Processual.** Revista de Processo, Vol. 229. pp. 455-469. Março de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Os Impactos do Novo CPC na Razoável Duração do Processo**. Revista de Processo, Vol. 241. pp. 16-24. Julho de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEÑA, Eduardo ChemaleSelistre. **Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos**. Revista de Processo, Vol. 120. pp. 78-94 Fevereiro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Crítica Macroscópica ao Fetiche da Celeridade Processual. Perspectiva do CPC de Hoje e no de Amanhã**. Revista de Processo, Vol. 239. pp. 421-465. Janeiro de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A Dimensão Constitucional do Contraditório e seus Reflexos no Projeto do Novo CPC**. Revista de Processo, Vol. 232. pp. 97-121. Junho de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **As Dimensões do Tempo no Processo Civil: Tempo Quantitativo, Qualitativo e a Duração Razoável do Processo**. Revista de Processo, Vol. 218.pp. 156-181. Abril de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, Eider Avelino. **A Razoável Duração do Processo e o Projeto de Novo Código de Processo Civil: uma constante preocupação.** Revista de Processo, Vol. 218. pp. 295-304 Abril de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. **Os Embargos de Divergência à Luz da Duração Razoável do Processo**. Revista de Processo, Vol. 217. Março de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais**. Revista de Processo, Vol. 125. pp. 241-264 Julho de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAMPIERI, Natália. **A Efetividade da Razoável Duração do Processo e a Gestão Pública**. Revista de Processo, Vol. 234. pp. 14-30. Agosto de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Websites:

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> Acesso em: 04/08/2015.

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 08/10/2015.

Atividade Legislativa do Senado Federal. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249> Acesso em 07/10/2015.

Bandeira, Regina Maria Groba. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004: O Novo Perfil do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2005_13622.pdf> Acesso em: 26/07/2015. Publicado em 2005.

Câmara votará mudança sobre juízo de admissibilidade no novo CPC. Disponível em: <http://jota.info/camara-votara-pl-que-muda-juizo-de-admissibilidade-no-novo-cpc> Acesso em: 14/11/2015.

Cueva, RicardoVillasBôas. Flexibilização no Procedimento do Novo CPC. Jota Website. Disponível em: <http://jota.info/flexibilizacao-procedimento-novo-cpc> Acesso em 08/10/2015.

Diagnostico do Poder Judiciário. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>Acesso em: 26/07/2015. Publicado em 2004.

Donizetti, Elpídio. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC). Website "JusBrasil". Disponível em: <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940197/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-ncpc> Acesso em: 09/10/2015.

Dotti, Rogéria. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo. Website "Migalhas". Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos> Acesso em 11/10/2015.

Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1603625-dilma-sanciona-novo-codigo-de-processo-civil.shtml> Acesso em 07/10/2015.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Website "Jota". Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 17/08/2015.

Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>Acesso em: 07/08/2015.

Machado, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Website "Jota". Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais> Acesso em: 11/10/2012.

Mensagem de Veto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm> Acesso em 07/10/2015.

Nalini, José Renato. Orçamento Bilionário do TJ-SP é insuficiente para fazê-lo funcionar. Consultor Jurídico (ConJur). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/renato-nalini-orcamento-bilionario-tj-sao-paulo-insuficiente> Acesso em: 09/08/2015.

Notícia do Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/microempresas-representam-99-das-empresas-do-pais-e-sao-responsaveis-por-51-de-todos-empregos-existentes-diz-ipea> Acesso em: 09/10/2015.

Paula, Maria Eunice de. Poder Judiciário: Crise e Reforma. 2006. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pág. 18. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13181> Acesso em: 15/08/2015.

Relatório da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013> Acessado em 07/10/2015.

Rodovalho, Thiago. Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória. Website "Jota". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria> Acesso em 24/11/2015.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em

Wambier, LuisRodriges; Basilio, Ana Tereza. O negócio processual: Inovação do Novo CPC. Website Migalhas. Disponível em

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC> Acesso em 14/11/2015.

Data de recebimento: 14/03/2016

Data de aceitação: 28/04/2016

INFORMAÇÕES AOS COLABORADORES

A RIPE, revista eletrônica, editada pela Instituição Toledo de Ensino, tem como objetivo a publicação de artigos de natureza científica, resultantes de estudos, pesquisas e trabalhos que venham a contribuir para o desenvolvimento do universo jurídico, elaborados por professores e profissionais desta ou de outras Instituições, que se enquadrem no Regulamento para a apresentação dos trabalhos.
São aceitas monografias, artigos, ensaios, decisões de relevo especial, acórdãos, jurisprudência comentada e resenhas, para a publicação, desde que atendam aos objetivos de divulgação de produção da Ciência Jurídica.

NORMAS EDITORIAIS

Os artigos encaminhados à revista são submetidos a um Conselho Editorial, que apreciará o ineditismo, a relevância, a oportunidade, além do mérito e outras características; não serão devolvidos e, de acordo com a análise, poderão ser programados para publicação.
Os trabalhos são recebidos como já autorizados para publicação, sem qualquer ônus para a revista ou para a Instituição, tendo em vista o seu caráter científico.
Ao Setor de Revisão reserva-se o direito de efetuar alterações de ordem editorial (formal, ortográfica, gramatical) nos originais, respeitados o estilo e as opiniões dos autores, com a finalidade de manter a homogeneidade e a qualidade da revista.

As colaborações deverão ser enviadas para o seguinte endereço:
INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO
RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Praça 9 de julho, 1-51,
Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
Endereço eletrônico: **ripe@ite.edu.br** Telefone: (14) 2107-5011
Coordenação: Bento Barbosa Cintra Neto

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS

Os trabalhos devem obedecer às normas da Associação Brasileira de normas técnicas (ABNT) inobstante, a seguir, de forma simplificada, são apresentadas algumas regras para facilitar o encaminhamento de trabalhos.

- **Meios** - os artigos deverão ser encaminhados por e-mail, com margens superior e esquerda de 3 centímetros e direita e inferior de 2 centímetros, fonte Times-New Roman, tamanho 12, com entre linhas 1,5.
- **Estrutura** - deve se desenvolver na seguinte seqüência: título do trabalho, nome(s) do(s) autor(es) e respectivo(s) currículo(s), resumo, palavras-chave, corpo do trabalho e referências bibliográficas.
- **Título** - deve ser breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do seu conteúdo.
- **Currículo** - deve constar informações quanto à formação profissional do(s) autor(es), títulos, atividades que desempenha(m), endereços residencial, profissional e eletrônico, e telefones.
- **Resumo** - com, no máximo, dez linhas ou cento e cinqüenta palavras.

• **Palavras-chave** - com, no máximo, dez palavras.
• **Destaques** - aspas para citações até 3 linhas; para citações com mais de 3 linhas, recuo de 4 centímetros, espaço simples e fonte menor; itálico para conceitos ou palavras em língua estrangeira.
• **Citações** - devem ser acompanhadas por nota de rodapé ou chamada para o autor com o ano e o número da página; a referência da fonte da citação deve constar na nota de rodapé ou em lista única ao final do artigo. A exatidão e a adequação das citações e referências a trabalhos consultados e mencionados no texto são de responsabilidade do autor.
• **Siglas** - devem vir acompanhadas do nome na primeira menção; posteriormente,
a critério do autor.
• **Referências** - devem conter, no mínimo, as seguintes informações:
nome(s) do(s) autor(es), título do texto, título da fonte e dados da fonte (edição, local da publicação, editora e ano em que foi publicado; no caso de periódicos, acrescentar a sua periodicidade e páginas inicial e final; se proveniente da internet, acrescentar o endereço completo da página onde pode ser acessado e a data do acesso).

INFORMACIÓN A LOS CONTRIBUIDORES

El RIPE, revista electrónica, publicada por la *Instituição Toledo de Ensino*, tiene como objetivo publicar artículos científicos resultantes de los estudios, la investigación y los trabajos que contribuyan al desarrollo del universo jurídico, desarrollados por docentes y profesionales de esa o otras instituciones que hacen parte del Reglamento para la presentación de los trabajos. Se aceptan las monografías, artículos, ensayos, célebres casos legales ("cause célèbre"), juicios, jurisprudencia comentadas y reseñas para su publicación, siempre que cumplan los objetivos de revelación de la producción de la Ciencia Jurídica.

NORMAS EDITORIALES Los artículos sometidos a la revista son sometidos al Consejo Editorial, que tendrá en cuenta la originalidad, pertinencia, oportunidad, además del mérito y otras características; y no serán devueltos, según las análisis puederan ser programado para su publicación. Los trabajos son recibidos ya autorizados para su publicación, sin cargo alguno para la revista o la institución, en vista de su carácter científico. Al Sector de Revisión se reserva el derecho de hacer cambios al fin de la redacción (formal, la ortografía, la gramática) en el original, en respecto al estilo y las opiniones de los autores, con el fin de mantener la homogeneidad y la calidad de la revista.

Los trabajos deberán enviarse a la siguiente dirección: INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Praça 9 de julho, 1-51, Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
correo eletronico: **ripe@ite.edu.br** Teléfono: (14) 2107-5011
Coordinación: Bento Barbosa Cintra Neto

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS Los trabajos deben cumplir con las normas de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT) inobstante, a continuación, las reglas simplificadas presentadas abajo para facilitar el envio de trabajos.

• **Medios** - Los artículos deben ser enviados por correo electrónico, con márgenes superior e izquierdo de 3 cm y márgenes derecho e inferior de 2 cm, Times New Roman, tamaño de fuente 12, con espaciamiento entre líneas de 1,5.
• **Estructura** - debe desarrollarse en el siguiente orden: título, nombre(s) del autor(es) y su(s) planos de estudios, resumen, palabras clave, cuerpo de trabajo y referencias.
• **Título** - debe ser breve, específico y descriptivo, con palabras representativas de su contenido.
• **Currículo** - debe tener información sobre la formación profesional del (de los) autor(es), título, actividades que desarollan, direcciones residencial y de trabajo, correo electronico, y teléfono.
• **Resumen** - con lo máximo de diez líneas o ciento cincuenta (150) palabras.
• **Palabras clave** - con lo máximo de diez palabras.
• **Destaques** - comillas para citas textuales de hasta 3 líneas; citas con más de 3 líneas, 4 cm de sangría, espacio simples y fuente más pequeña; cursiva para los conceptos o palabras en un idioma extranjero.
• **Cita** - debe estar acompañada de una nota al pie o llamada al autor con el año y el número de página; la referencia a la fuente de la cita debe venir en la nota al pie o una única lista al final del artículo. La exactitud y pertinencia de las citas y referencias consultadas y mencionadas en el texto trabajo son de responsabilidad del autor.
• **Siglas** – deben estar acompañados por su nombre en la primera vez; posteriormente, queda a critério del autor.
• **Referencias** - deben contener al menos la siguiente información: nombre(s) del (de los) autor(es), título del texto, título de la fuente y la fuente de datos (edición, local de publicación, editorial y año de su publicación y en el caso de las publicaciones periódicas, añadir la frecuencia y las páginas inicial y final; caso sea de internet, agregar la dirección web que puede accederse y la fecha que fue accedido).

INFORMATION TO CONTRIBUTORS

RIPE, the online journal, published by *Instituição Toledo de Ensino*, aims to publish scientific articles resulting from academic studies, research papers and studies that will contribute to the development of the legal field, developed by professors and professionals from this institution or others that fall within the Regulation for the submission of papers and studies. Monographs, articles, essays, celebrated legal cases (*cause célèbre)*, court decisions, case laws and reviews are accepted for publication, provided that they meet the disclosure objectives of production of Legal Science.

EDITORIAL RULES Articles submitted to the journal are analyzed by the Editorial Board, which shall consider the originality, relevance, opportunity, in addition to merit and other characteristics. They shall not be returned and, according to the analysis they may be scheduled for publication. Contributions received shall be considered as already authorized for publication, without any costs from the journal or the institution, due to its scientific character. The Review Section reserves the right to make editorial changes (formal, spelling, grammar) in the original paper, respecting the style and opinion of the authors, in order to maintain homogeneity and quality of the journal.

Submissions shall be sent to the following address: INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Praça 9 de julho, 1-51, Vila Pacífico - 17050-790 - Bauru - SP
Email: **ripe@ite.edu.br** Telephone: + 55 (14) 2107-5011
Coordination by: Bento Barbosa Cintra Neto

STANDARDS FOR HANDING IN PAPERS Submissions must comply with the standards of the Brazilian Technical Standards Association (*ABNT*). Although they shall follow some rules, presented below in a simplified way, in order to guide the submission of papers.

• **Means** - papers shall be sent by email, with top and left margins of 3 cm and right and bottom margins of 2 cm, Times-New Roman font, size 12, with space between lines of 1.5.
• **Structure** - must be developed in the following sequence: paper title, name(s) of the author(s) and its respective curriculum(s), abstract, keywords, paper and references.
• **Title** - must be brief, specific and descriptive, containing the words that represent the content.
• **Curriculum** - must include professional and education background, titles, activities developed, home and business address, email and phone numbers.
• **Abstract** – must have no more than ten lines or one hundred and fifty (150) words.
• **Keywords** – must have a maximum of ten words.
• **Highlights** – quotation marks for citations up to 3 lines; for citations with more than 3 lines, indentation of 4 cm, single spaced and smaller font; italics for concepts or words in foreign language.
• **Citations** - must be followed by a footnote or mention for the author with year and page number; the reference of the citation font must appear in the footnote or on a single list at the end of the article. The accuracy and adequacy of citations and references consulted and mentioned in the text are full responsibility of the author.
• **Acronyms** – introduce the appropriate acronym at first use, afterwards, at the author's discretion.
• **References** - must contain at least the following information: name(s) of author(s), paper title, name and size of the font (edition, place of publication, publisher and year when it was published and, in the case of academic journals, include publication frequency and mention initial and final pages; if internet source, add the entire website and date of access).