



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
Dimitrios Tsirikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontifícia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Clarisse Leite (USP)
Débora Vieira (UFPA)
Fernanda Medina Pantoja (PUC-RJ)
Jean Carlos Dias (CESUPA)
Manoela Munhoz (UFPR)
Rafael Calmon (UERJ)
Rafael Sirangelo Abreu (UFRGS)
Roberto Paulino (UFPE)
Rodrigo Fux (UERJ)
Thiago Cabral (UERJ)
Vinicius Lemos (UFAC)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2023





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Társis Silva de Cerqueira

PhD. in Law (Federal University of Bahia, Brazil). Professor at the Faculdade Baiana de Direito, Brazil. Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Lawyer

Rodrigo Mazzei

Master's degree (PUC-SP), PHD (FADISP), with postdoctoral (UFES). Professor (graduate and post-graduate) of UFES. Lawyer and Legal Advisor

Ananda Elisa Barbosa do Nascimento Rossi

Academic (Ibmec São Paulo, SP, Brasil)

Bianca Mendes Pereira Richter

PhD and Master in Civil Procedural Law from University of São Paulo. Professor at Ibmec and Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil.

Matheus Perez Matsuno

Academic (Ibmec São Paulo, SP, Brasil)

Nathan Schneider Caporossi

Academic (Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)

Prof. Dr. Marco de Benito

Jean Monnet Chair of European Civil Procedure IE University (Madrid)

Paula Sarno Braga

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Bahia (UFBA) and at the Baiana Faculty of Law, Brazil. Ph.D. and Master in Laws (UFBA).

Leonardo Barboni Rosa

Law Graduate Mackenzie Presbyterian University, Brazil. Professor advisor: Bianca Mendes Pereira Richter, PhD at the University of São Paulo

Wagner Teles de Oliveira

Professor do Departamento de Ciências Humanas e Filosofia da Universidade Estadual de Feira de Santana.





Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

Reflexões sobre a conformação de modelos procedimentais e o princípio da igualdade 11

Reflections about the conformation of procedural models and the principle of equality

Társis Silva de Cerqueira

1. Introdução..... 12
2. A tutela jurisdicional diferenciada e o princípio da igualdade..... 17
3. Revisitando o conteúdo jurídico do princípio da igualdade..... 20
 - 3.1. A igualdade formal e a igualdade material..... 24
 - 3.2. A proibição de tratamento arbitrariamente desigual..... 28
4. As razões suficientes da diferenciação processual. Ônus argumentativo do tratamento desigual e tutela jurisdicional diferenciada..... 30
5. Considerações finais..... 36
6. Referências..... 37

• 2

Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo (com projeção aos conflitos internos do inventário causa mortis)..... 43

Essay on multipolarity and policentricity (with projection to the internal conflicts of the causa mortis inventory)

Rodrigo Mazzei

1. Foco do estudo..... 44
2. Noções básicas sobre multipolaridade e policentrismo..... 45
 - 2.1. Multipolaridade..... 45
 - 2.2. Policentrismo..... 48
 - 2.3. Breve esquadro entre multipolaridade e policentrismo..... 53

3. Noções básicas sobre a sucessão e o inventário causa mortis.....	55
4. As posições jurídicas assumidas no inventário sucessório.....	59
5. Fechamento.....	61
6. Referências.....	62

• 3

(Des)incentivos econômicos e a judicialização de demandas no contexto brasileiro: reflexões para reformas legislativas **65**

Economic motivations and lawsuits in brazil: some discussions regarding new ideas for bills

*Ananda Elisa Barbosa do Nascimento Rossi, Bianca Mendes Pereira Richter
Matheus Perez Matsuno, Nathan Schneider Caporossi*

Introdução.....	66
1. Jurisdição e Acesso à Justiça.....	68
2. Breves considerações sobre a análise econômica do direito e a judicialização de demandas.....	74
3. Objetivos gerais das alterações legislativas propostas.....	76
3.1 Ordem de preferência de julgamento.....	77
3.2 Da realização de audiências de mediação e de conciliação no âmbito judicial.....	78
Conclusões.....	83
Anexo I - Minuta de proposições legislativas.....	83
Referências.....	85

• 4

Accountability, transparency and court organization in Spanish civil justice **87**

Prof. Dr. Marco de Benito

I. Judicial accountability.....	88
A. Basic notions and legal framework.....	88
1. Individual accountability of judges: civil, disciplinary, and criminal ..	89
2. State responsibility for judicial error, pre-trial detention, or abnormal functioning of the administration of justice	90
B. Spanish stance on judicial accountability.....	91
C. Remedies and procedure.....	92
3. Individual accountability of judges.....	93
4. State patrimonial responsibility in the administration of justice.....	94
II. Transparency in civil justice.....	97
A. Basic notions and legal framework.....	97
B. Transparency duties.....	100
C. Remedies and procedure.....	102

III. Court organization.....	102
A. Court structure in civil justice.....	102
1. Single-judge courts.....	103
2. Collegiate courts.....	104
3. The Constitutional Court.....	104
B. Civil procedure.....	105
C. Judges and administrative personnel.....	106
1. Judges.....	106
2. Administrative personnel.....	108
D. Court management.....	108
E. The judiciary in the constitutional system.....	112
F. Funding.....	113
IV. Final remarks.....	116
List of tables.....	117
Basic bibliography.....	118

• 5

Sistemas de repartição federativa de competências jurisdicionais: subsidiariedade, igualdade e inexistência de hierarquia entre entes federados. O federalismo e o Judiciário brasileiro 119

Federative division of court jurisdiction: subsidiarity, equality and inexistence of hierarchy between federative entities. Federalism and the Brazilian judiciary.

Paula Sarno Braga

1. Introdução.....	120
2. Alguns tipos de federalismo. Federalismo cooperativo e o transfederalismo na esfera judicial.....	121
2.1. Federalismo por agregação e por segregação.....	121
2.2. Federalismo centrípeto, centrífugo e de equilíbrio.....	122
2.3. Federalismo dualista e cooperativo. Transfederalismo.....	122
a) Associação de Representação de Municípios.....	125
b) Cooperação Judiciária Nacional transfederativa.....	126
c) Intercâmbios transfederativos.....	130
d) Convênios entre Procuradorias e Defensorias de esferas federativas diversas.....	130
e) Conclusão parcial.....	131
3. Notas sobre os diferentes sistemas de repartição de competências.....	132
4. Sistema brasileiro de repartição de competências.....	136
4.1. Noção geral.....	136
4.2. Federalismo cooperativo e competências concorrentes. Diálogo federativo (e transfederativo) no Judiciário.....	140

4.3. Competências privativas. Poderes federativos taxativos, residuais e implícitos.	144
5. A subsidiariedade e a repartição da competência jurisdicional.	147
6. Federalismo simétrico. Ausência de preferência no exercício de competências.	155
7. Subsidiariedade, Simetria Federativa e o Incidente de Deslocamento de Competência do art. 109, §5.º, CF.	161
8. Conclusão.	167
Referências.	168

• 6

Coordenação de ações por sujeito oculto: estudo descritivo da relação entre ações simuladas e intervenção de terceiros 175

Coordination of lawsuits by a hidden subject: a descriptive study of the relation between simulated lawsuits and third-party intervention

Leonardo Barboni Rosa - Professor advisor: Bianca Mendes Pereira Richter,

1. Introdução.	176
2. Direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro.	177
3. Abuso de Direito.	180
3.1. Abuso de Direito no Código Civil.	180
3.2. Abuso de Direito no Código de Processo Civil.	183
4. Formas não aparentes de participação no processo civil.	186
4.1. Agregação informal de demandas.	187
4.2. Third-party funding.	188
5. Participação no processo civil e integração do sujeito oculto.	190
5.1. Modelo clássico de estrutura tríplice do processo.	190
5.2. Ações coordenadas e inadequação das figuras nominadas de participação.	192
5.3. Interesse de agir e zonas de interesse.	194
5.4. Amicus Curiae e o interesse institucional.	197
6. PL 90/2021 e Recomendação CNJ nº 127.	200
7. Conclusão.	201
8. Referências.	203

• Resenha

A Teoria Geral do Processo de Fredie Didier Jr., a Lógica Jurídica e a Epistemologia 205

Fredie Didier Jr's General Procedure Theory, Epistemology, and Legal Logic.

Wagner Teles de Oliveira



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Reflexões sobre a conformação de modelos procedimentais e o princípio da igualdade

Reflections about the conformation of procedural models and the principle of equality

Társis Silva de Cerqueira

PhD. in Law (Federal University of Bahia, Brazil)
Professor at the Faculdade Baiana de Direito, Brazil.
Professor at the Federal University of Bahia, Brazil.
Lawyer

Resumo: O princípio da inafastabilidade da jurisdição impõe a constituição de modelos procedimentais capazes de tutelar as situações jurídicas materiais dotadas das mais diversas características. Para tanto, utiliza-se muitas vezes de técnicas processuais diferenciadas. O texto pretende analisar como o princípio da igualdade colabora com a conformação dessas estruturas processuais e serve de limitação da discricionariedade legislativa na construção dos modelos procedimentais.

Palavras-chave: Processo Civil. Modelos procedimentais. Princípio da igualdade.

Abstract: The principle of access to justice imposes the constitution of procedural models capable of protecting material legal situations endowed with the most diverse characteristics. Therefore, it is often used different procedural techniques. The text intends to analyze how the principle of equality collaborates with the conformation of these procedural structures and serves to limit the legislative discretion in the construction of procedural models.

Keywords: Civil Procedure. Procedural models. Principle of equality.

Sumário: 1. Introdução; 2. A tutela jurisdicional diferenciada e o princípio da igualdade; 3. Revisitando o conteúdo jurídico do princípio da igualdade; 3.1 A igualdade formal e a igualdade

material; 3.2 A proibição do tratamento arbitrariamente desigual; 4. As razões suficientes da diferenciação processual. Ônus argumentativo do tratamento desigual e tutela jurisdicional diferenciada; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

Muitas vezes a prática e a atuação diária no foro parece turva o senso de investigação sobre alguns fenômenos jurídicos processuais. A ampla utilização dos procedimentos especiais, por exemplo, garante sua naturalidade enquanto fenômeno jurídico-social e ofusca uma questão de fundamental importância para a sua efetiva compreensão: por que existe um determinado procedimento especial?

Variadas poderiam ser a respostas.

Uma, contudo, não pode ser simplesmente ignorada: a existência do procedimento especial deve estar intimamente associada a circunstância(s) extraordinária(s), sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. É sobre essa questão que se trabalha nesta pesquisa, na pretensão de apontar premissas que indiquem para a necessidade de adoção de critérios de impacto legislativo para a aferição da constitucionalidade da prescrição sobre procedimentos especiais.

Desde a década de 70 do século XX, sobretudo em razão dos estudos de Proto Pisani, intenta-se associar, para fins de justificação, os procedimentos especiais com a chamada tutela jurisdicional diferenciada¹. Segundo lição de Pisani, por tutela jurisdicional diferenciada, em que pese a expressão seja altamente controversa, poder-se-ia compreender a predisposição de vários procedimentos de cognição exauriente e plena, alguns modelados em razão das particularidades das situações substanciais controvertidas; por outro lado, igualmente, a tutela jurisdicional diferenciada corresponderia à predisposição de formas típicas de tutela sumárias (cautelares ou simplesmente sumárias)².

Com um olhar na história, assistiu-se à paulatina superação do ideal eminentemente pandectista³ do estudo⁴ do processo e a ascensão da percepção da necessidade

1 v. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.27-28; CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, §º, do Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p.128 e ss.

2 PISANI, A. Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979, p.536-537; PISANI, Andrea Proto. Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada. Tradução de Héctor Augusto Campos García. In: *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014, p.197-200. Igualmente, cf. PISANI, Andrea Proto. Necesità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*, n.º 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.283; PISANI, Andrea Proto. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. *Il Foro Italiano*, v. 96, n.º 9. Roma: Il Foro Italiano, 1973, p. 206 e ss.

3 Pensamento pandectista, lastrado pela busca da sistematização, da unidade diante da variedade de objetos e sentidos conexos, conduzidos por uma lógica formal. v. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Tradução de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel Derecho, 2009, p.39-44. Sobre o tema, igualmente, cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.456-458; CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 13 e ss.; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 192-201.

4 “A nuestro entender, las mutaciones que a partir de 1868 se operaran son fundamentalmente las siguientes: a) la independización del derecho procesal frente al derecho material, iniciada por los judicialistas de la escuela

de sua aproximação com a realidade sociocultural em que se insere⁵. Nesse contexto, a noção de tutela diferenciada representou um passo em direção a um modelo ideológico preocupado com o ideal igualitário e social de processo, doravante pautado na efetividade⁶ da tutela jurisdicional⁷.

- de Bolonia y acentuada cuando la codificación napoleónica difunde el modelo de su legislación separada, se lleva a sus últimas consecuencias: el siervo, de que gráficamente habla Sperl, se emancipa del todo; b) los conceptos y cuestiones primordiales de nuestra disciplina – la acción, la jurisdicción, el proceso, la actuación de las partes, etcétera –, se examinan conforme a criterios de riguroso derecho procesal, con lo cual se dilatan sus límites, y, en todo caso, se perfilan; c) la superación del método expositivo, mediante la sustitución de la exégesis por el sistema; d) el estudio de la materia procesal se acomete con enfoque y técnica distintos: mientras los procedimentalistas hacen, o *Filosofía*, de mayor o menor valor y más de la justicia y de la función judicial que del proceso, o, sencillamente, *Descripción* de las instituciones procesales, los procesalistas hacen *Teoría* del derecho procesal, incluso acerca del procedimiento, y rompen sus amarras respecto de la *Práctica forense* como terreno ciertamente colidante, pero empírico y no científico; mediante una metáfora diríamos que en tanto el procedimentalista se detiene en la *anatomía* del fenómeno procesal, el procesalista penetra en su *fisiología*. En cambio, desde el punto de vista del contenido, las diferencias no son tan grande, y, por ejemplo, en muchos procesalistas el tema de la naturaleza del proceso se despacha en pocas páginas y sin que se perciba después su trascendencia.” ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II, p.309. Também v. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.110-111.
- 5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.389. “Note-se que a ciência processual, porque de berço pandectista, nasce comprometida com a neutralidade axiológica inerente a esse momento da ciência jurídica alemã. Em outros termos, os processualistas alemães do final do século XIX imaginavam estar fundando uma ciência processual atemporal, infensa à história. Vale dizer: descomprometida com a cultura. Daí a razão pela qual o exacerbado conceitualismo levou igualmente à fuga da realidade social: se o direito não pertence à cultura, e pode ser teorizado no modelo epistemológico das ciências exatas, então os institutos de direito processual são invariavelmente institutos desligados da realidade social e válidos em qualquer contexto social.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.
- 6 Sobre o tema, cf. PISANI, A. Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979, p.536-591; PISANI, Andrea Proto. Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada. Tradução de Héctor Augusto Campos García. In: *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014, p.197-279; PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela sommaria. In: *Il Processi speciali, studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979, p. 309-360; CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1980, p.237-242; PICARDI, Nicola. I processi speciali. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXVII, n.º 2. Padova: CEDAM, 1982, p..700-764; MONTESANO, Luigi. Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutela differenziata” nei processi civili. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979, p.592-603; MORELLO, Augusto Mário. Las nuevas exigencias de tutela. *Revista de Processo*, n.º 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.210-220; PISANI, Andrea Proto. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *Revista de Processo*, n.º 239. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 370-374. No Brasil, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.21-23; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas no Direito Processual Civil. In: *Temas de direito processual: Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.2-6; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-42; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19-32; BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela processual “diferenciada”. *Revista de Processo*, n.º 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 100-105; ARMELIN, Donald. Tutela jurisdiccional diferenciada. *Revista de Processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 45 e seguintes; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, n.º 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42 e seguintes; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.18-27; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.145 e ss.
- 7 “Desde al honrar ‘publicístico’ se replica que semejante visión ideológica ha quedado superada en el Estado de Derecho contemporáneo, donde el principio de igualdad en concreto exige procedimientos diferenciados

Principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, a percepção do processo, afeto aos valores do Estado Constitucional e instrumento de atuação Estatal, reivindicou a revisitação de conceitos jurídicos a imprimir legitimidade da atuação jurisdicional do Estado. A referida legitimidade estaria associada à participação das partes na formação da decisão, à previsão de procedimentos idôneos à tutela dos direitos materiais (principalmente, fundamentais⁸), “especialmente em razão das normas processuais abertas, que dão à parte o poder de estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto”⁹, à observância das normas e garantias fundamentais do processo, bem como à legitimação substancial da decisão tomada.¹⁰

Compreendia-se (e, de certo modo, ainda se compreende) que o procedimento comum não serviria de resposta à necessidade de uma tutela efetiva das várias situações de Direito substancial/material¹¹⁻¹². Considerado rígido e inflexível, o procedimen-

para tutelar derechos y situaciones preferentes en la escala valorativa. [...] Y, de hecho, la ‘universalización’ que supone el proceso ordinario se torna anacrónica y ha de ceder frente a los tipos diferenciados sumarios. No cabe admitir que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales desempeñan en la sociedad. De ahí que el derecho al procedimiento adecuado se considere corolario del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.” BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.265. Igualmente, VERDE, Giovanni. Unicità e pluralità di riti nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. v. XXXIX. Padova: CEDAM, 1984, p. 663; COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIII, n.º 6. Milano: CEDAM, 2008, p.1.530; SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude da defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.163-165; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reforma do Código de Processo Civil e os procedimentos especiais. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n.º 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.137; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39-40.

- 8 cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013, p.93-94.
- 9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.407.
- 10 v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Op. cit., p.406-408.
- 11 “Do mesmo modo que o procedimento comum não serve para a tutela efetiva das várias situações de direito substancial, a noção de uma tutela jurisdiccional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdiccional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdiccional dos direitos. A expressão tutela jurisdiccional dos direitos revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial.” v. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p.1; MONROY GALVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. *Revista de Processo*, n.º 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.196-198; BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, n.º 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.132-133; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.39-40. No mesmo sentido, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. III, p.3-4; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 7 e ss; ROCHA, José de Moura. Sobre os procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n.º 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.22-29.
- 12 Por exemplo, Marinoni defendia que o procedimento ordinário não corresponderia a um obstáculo para a classe dominante “à medida em que esta, patrocinando o *lobby*, consegue procedimentos diferenciados que

to ordinário era conformado por generalizações e sistematizações insuficientemente capazes de atender a diferenças objetivas e subjetivas que surgissem em disputas judiciais. Não se pode desconsiderar que a ordinariedade dos procedimentos padrão, bem como sua rigidez e inflexibilidade, eram neutros e indiferentes ante as necessidades do direito material, o que impedia a efetividade na prestação da tutela jurisdicional.¹³

Proto Pisani, por exemplo, assevera não existir um procedimento que ofereça uma forma única de tutela de todas as situações jurídicas de vantagem. Segundo sua percepção, a diversidade dos processos e da forma da tutela jurisdicional, assim como a diversidade de combinações, refletem as diferentes necessidades de tutela das situações de vantagem, de modo a impor que a estrutura do processo forneça uma tutela efetiva, e não meramente formal ou abstrata do Direito.¹⁴

Os procedimentos especiais, neste contexto, assumem importante função dentro de um ideal de busca por uma tutela jurisdicional efetiva. Os procedimentos especiais seriam estruturas conformadas para suprir a necessidade de se atenderem as características específicas do caso em julgamento (situação jurídica material objeto da tutela¹⁵),

tutela egoisticamente seus interesses [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Op. cit., p.1. Igualmente, Kazuo Watanabe enxergava um privilégio da tutela processual de certos direitos patrimoniais, que não se estendia à tutela de direito não patrimoniais, decorrente da mentalidade da interpretação do ordenamento jurídico (formalista e patrimonialista) a qual o Direito Processual seria inspirado. WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.835-836. Da mesma forma, Ovídio Baptista afirmava que: “A suposição de que o direito, especialmente o Processo Civil, terá de ser imune a valores, consagra a idéia de que a ordem jurídica não pode consagrar privilégios; que a lei haverá de ser a mesma para todos os homens e igualmente a todos aplicada. Esta ideologia, como adverte Sergio Chiarloni, em penetrante observação, podia ser, como efetivamente o foi, facilmente sustentada pelos grupos já firmemente consolidados no poder, quando ninguém ignora que os ‘procedimentos especiais’ historicamente representaram, sempre, as aspirações dos novos estratos sociais emergentes, da própria burguesia contra o feudalismo medieval; essa mesma burguesia que, uma vez assentada no poder, proclama a excelência da ordinariedade, contra as formas *sumárias* de tutela processual.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude da defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.164; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista da AJURIS*, n.º 33. Porto Alegre: 1985, p.80-81.

- 13 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p.28.
- 14 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p.5-6. Igualmente, v. ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.45; MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p.12.
- 15 Em interessante, porém aparentemente exagerada, crítica, Ronaldo Cunha Campos enxerga a existência dos procedimentos especiais como uma concessão à ideia de subordinação do Direito Processual ao Direito material, em prejuízo da autonomia entre os planos. Ademais, afirma que a rigidez própria dos procedimentos especiais importa em limitação à atividade do órgão jurisdicional, que estaria tolhido de investigar a matéria se ficasse adstrito ao dilema da adequação do Direito material ao procedimento adotado. CAMPOS, Ronaldo Cunha. Processo, procedimento e direito material. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. I. Uberaba: Vitória, 1975, p. 164. Em contraponto à crítica, em uma visão mais atualizada da relação entre os direitos processuais e materiais, v. ZANETTI JR., Hermes. Teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 286-308. Igualmente, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60-75.

que seria (eventualmente) disfuncional e lesiva a adoção do procedimento comum em sua inteireza¹⁶.

A razão de ser dos procedimentos especiais, portanto, estaria na concretização do princípio da efetividade, promovida por meio da tutela diferenciada.¹⁷

Relacionar os procedimentos especiais com a ideia de tutela jurisdicional diferenciada possibilitou uma “maior adaptação das formas de tutela para ramos do Direito em que as especificidades do Direito material não coubessem nas estruturas do procedimento ordinário”¹⁸, importando o reconhecimento de um direito fundamental ao procedimento adequado¹⁹. Os procedimentos especiais representariam as estruturas que viabilizavam a diversificação *legislativa* dos procedimentos em conformidade com o ideal de adequação da tutela, principalmente diante de novos direitos.²⁰

Ainda assim, a realidade mostra-se ainda mais complexa na medida em que não existe uma clara justificativa para que o legislador estabeleça procedimentos especiais.

- 16 Nesse sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.4; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. III, p.7; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.38; BARROS, Hamilton de Moraes e. Aspectos gerais dos procedimentos especiais em face do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n.º 247. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.16-17; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, t. I, p. 24 e ss; RAMOS MÉNDEZ, Francisco Ramos. La reforma de los procesos civiles especiales. In: *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, p.135 e ss.; BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva e Companhia Livraria Acadêmica, 1946. p.173; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 805-806; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n.º 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.
- 17 Humberto Theodoro Jr. sugere que, para concretizar o princípio da efetividade, os procedimentos especiais sejam dotados de técnicas de simplificação e agilização do trâmite processual (por meio de mecanismos de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, redução de prazo e eliminação de atos desnecessários), delimitação do tema objeto do processo, bem como a explicitação dos requisitos materiais e processuais para que o procedimento especial fosse utilizado. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, §1, n.º 4. [e-book]
- 18 DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.27. Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, n.º 663. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.244; NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, n.º 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.115 e ss.
- 19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.39-40; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.122.
- 20 LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Comemorativa do cinquentenário 1926-1976. Porto Alegre, 1976, p.164-168-170; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reforma do Código de Processo Civil e os procedimentos especiais. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n.º 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.137; COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIII, n.º 6. Milano: CEDAM, 2008, p.1.530-1531.

Fatores de ordem histórica, política, antropológica e social influenciam, em geral, as opções estabelecidas²¹.

Um paralelo, a simples associação dos procedimentos especiais com a promoção da tutela jurisdicional diferenciada demonstra-se demasiadamente genérica e insuficientemente dogmática. No mínimo, essa associação abriria um exagerado espaço de liberdade de conformação legislativa dos procedimentos especiais.

Mostra-se, nesse contexto, necessário refletir sobre a prescindibilidade de mecanismos limitadores dessa liberdade de conformação dos procedimentos especiais, ante os imperativos da igualdade e inafastabilidade da jurisdição constitucionalmente prescritos.

2. A TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

A alusão ao adjetivo “diferenciada” muito diz sobre as características percebidas da referida forma de tutela jurisdicional. O diferenciado/especial é algo que foge ao padrão observado na realidade quando analisado a partir de certos parâmetros – o parâmetro do assistido ou convencionado como ordinário ou comum.

Se a realidade jurídico-processual é reflexo da cultura, aquilo que é estruturado como processo é reflexo das concepções culturais, sendo, portanto, mais do que assistido, algo culturalmente/socialmente convencionado. Por conseguinte, o parâmetro de “ordinariedade” é algo convencionado, de modo que o “diferenciado” fugiria a essa ordem²².

Nada obstante toda a reflexão, o “diferenciado” pode ser algo juridicamente valorado como legítimo ou patogênico (um desvio²³, por exemplo). Não se pode, todavia, associar a diferenciação com algo em si ruim. Uma análise emotiva e sacralizada da igualdade não somente dificulta sua compreensão, mas também sua realização, uma vez que o direito vive de diferenciações e funciona a partir de generalizações^{24, 25}.

21 Mais uma vez, cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, t. XIII, p.3. Igualmente, v. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.39; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. III, p.8; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n.º 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Op. cit., p. 29-31.

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.39-40; sobre a relação entre a igualdade e o sentido histórico do homem, cf. MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.446-447.

23 v. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.102.

24 SCHAUER, Frederick. The generality of law. *West Virginia Law Review*, n. 107, 2004, p.229.

25 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.31-32.

É comum a relação que se estabelece entre a tutela jurisdicional diferenciada e a necessidade de garantir a efetiva proteção de interesses jurídicos dotados de características específicas. A relação é natural, considerando que o mote da tutela jurisdicional diferenciada está na efetividade do processo.

Por outro lado, se na realidade concreta duas situações dificilmente são absolutamente semelhantes ou distintas (ou jamais serão²⁶), igualmente, haveria de se eleger os critérios que justificassem o tratamento diferenciado da referida situação²⁷. Nesse contexto, a igualdade e a desigualdade são *valorativas*²⁸, de modo que devem ser relativizadas para possibilitar uma ordem jurídica diferenciadas.²⁹

Primeiramente, é preciso observar que uma igualdade (ou desigualdade) valorativa deve se relacionar com igualdades (ou desigualdades) fáticas parciais, sob pena de em nada contribuir para fundamentar o tratamento diferenciado. Em segundo lugar, a igualdade ou desigualdade deve ter relação com determinados tratamentos, a explicar porque os sujeitos devem ser tratados de maneira igual em certos aspectos não deverão ser sob os demais. Em terceiro lugar, impõe-se a verificação de um (ou alguns) critério(s) de valoração que permitisse(m) afirmar se a situação é igual ou desigual.³⁰

Nesse sentido, haverá sempre uma análise comparativa pautada em determinado(s) critério(s) que serviria(m) a uma dada finalidade³¹. Neste ponto, imprescindíveis maiores explicações.

A discussão da legitimidade ou não do tratamento diferenciado não se centra no reconhecimento da prescrição da igualdade, tampouco na apuração de inexorável desigualdade parcial³². Os problemas centrais da legitimidade da diferenciação estão no ato da escolha (e no controle desta escolha) e no critério utilizado para justificar o tratamento diferenciado (sua fundamentação racional)³³, afinal “a relevância da pro-

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.399.

27 v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11.

28 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.274.

29 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.400.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.400; cf. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.274.

31 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.43.

32 A comparação sempre se vincula a algum motivo, a qual permite verificar se a medida de comparação está correta. Carraza argumenta que não bastaria falar de igualdade, na medida em que é imprescindível indagar “igualdade em que?” e “igualdade sob que perspectiva e como?”. CARRAZZA, Roque Antonio. O princípio da igualdade. *Revista Justitia*, n. 90, 1975, p. 338; v. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.43;

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.400.

priedade escolhida está justamente na *relação de pertinência* ou *vínculo de correlação lógica* que ela deve manter com a finalidade que justifica a comparação.”³⁴

O primeiro problema facilmente se resolver na assertiva de que o ato de escolha está na Constituição. Não por acaso, Pisani³⁵ trata de legitimidade constitucional e oportunidade do estabelecimento de mais procedimentos de cognição plena e exauriente em consideração das peculiaridades das situações jurídicas materiais³⁶.

A Constituição, ao ser notada como opção política fundamental da sociedade³⁷, constitui-se no parâmetro dogmático/axiomático/axiológico (a indicar as finalidades a serem alcançadas³⁸) para compreender a referida valoração³⁹. Contudo, o segundo problema já não é de tão simples solução uma vez que os critérios de diferenciação podem ser infinitos. Fatores de ordem históricos, político, antropológico e sociais, em geral, influem nas opções constitucionalmente estabelecidas⁴⁰.

Impõe-se então questionar: o que faz uma situação jurídica mais especial que outra para justificar uma tutela jurisdicional diferenciada?⁴¹

34 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.43; no mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.17; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p.118.

35 PISANI, A. Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979, p. 536 e ss; PISANI, Andrea Proto. Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada. Tradução de Héctor Augusto Campos García. In: *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014, p.197 e ss.

36 Sobre o direito material como grande porta para o ingresso de ideologias no processo. v. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre Processo e Constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.36-41.

37 “La Constitución en sentido positivo contiene solo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*.” SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editoria, 1996, p.46

38 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.30-31.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.41-43.

40 Não sem sentido cita Pontes de Miranda que são utilizados diversas razões histórica e logicamente distintas para a diferenciação procedimental. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, t. XIII, p.3; igualmente, v. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.39; igualmente, v. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. t. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.8; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29-31.

41 “Se o direito substancial deve ser igual para todos, no sentido de que a lei geral e abstrata deve ser igualmente aplicada em concreto a todos os casos iguais, não é concebível que o procedimento técnico, que serve para

Como visto, a tutela jurisdicional é diferenciada para atender as especificidades dos direitos de modo a garantir a sua adequada satisfação. Acontece que “promover a adequada efetivação dos direitos” é finalidade própria de qualquer forma de tutela jurisdicional. Logo, não há diferenciação quanto a finalidade. Essa é inclusive a finalidade eleita como mote do estado de coisas prescrito pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça.

Pelo contrário, o alcance de tal finalidade é o que se espera. Sejam elas diferenciadas ou não, as técnicas processuais atendem uma mesma finalidade própria da atuação processual jurisdicional em geral – efetiva proteção e realização dos direitos e interesse juridicamente protegidos. Este é resultado o que permite aferir se duas situações distintas – e desigualmente tratadas, portanto – ao final foram isonomicamente tratadas⁴².

Se a cláusula geral de inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça impõe um caráter universalizante de um abstrato direito a tutela jurisdicional a se compreender que a isso deve ser garantido o acesso à estrutura jurisdicional e ao resultado efetivo da tutela jurisdicional pode-se extrair algumas regras que organizam a diferenciação. A primeira dessas regras dita que (1) *a todos deve ser garantido uma estrutura processual que permita o acesso à jurisdição e ao resultado efetivo da tutela jurisdicional*.

Convém ressaltar que a Constituição não regula qual a forma ou estrutura, mas estabelece, tão somente, um estado de coisas a nortear a postura do legislador e do intérprete aplicador. Mas como é possível afirmar que escolhas promovidas pelo legislador infraconstitucional, quando da conformação de uma estrutura padrão ou de estruturas especializadas e diferenciadas de tutela, atenderam a imposição constitucional? Ao que parece uma resposta pode ser investigada no próprio significado e conteúdo jurídico da igualdade.

3. REVISITANDO O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

Olhando com certa distância, a noção de igualdade implica na imposição de tratamento diferenciado a sujeitos que se encontram em situações distintas de maneira

aplicar a lei aos concretos casos controvertidos, se plasmem de modo diverso, segundo as diferentes destrezas das partes em disputa, e que o equilíbrio do contraditório seja perturbado, segundo os casos, pela prepotência do mais forte ou pela habilidade do mais astuto.” CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.25.

- 42 Afirma Donaldo Armelin que: “A adoção de tipos tutela diferenciada tende a favorecer o polo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo.” ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.46.

a garantir igualdade no cumprimento de certas finalidades⁴³ – que no caso da tutela jurisdicional diferenciada a finalidade corresponde a garantia de acesso à justiça. Todavia, a assertiva por si só não responde ao questionamento de como se dá esse tratamento e em qual extensão?

Essa questão não consegue ser respondida apenas numa concepção formal de igualdade. A formulação de um raciocínio coerente não prescinde da distinção de certas acepções da igualdade. Para tanto, o ponto de partida é a própria observação da desigualdade entre os homens.

Pode parecer truísmo a afirmação que os seres humanos se desiguam em múltiplos aspectos. Contudo, como anota Anacleto Faria, são surpreendentemente iguais haja vista que compartilham um conjunto de características que lhe permitem aptidão para existir⁴⁴. São seres de mesma espécie e dessa forma a igualdade se apresenta como “identidade de essência dos membros da espécie”⁴⁵, sem exclusão da desigualdade entre eles⁴⁶. Nesse sentido, se os homens são iguais, vistos abstratamente, e distintos, no ponto de vista concreto, o devido equacionamento das distinções permitiram ao final um tratamento igualitário e isonômico entre os homens⁴⁷.

Com efeito, desta percepção baseia-se a associação da noção de justiça com o conceito de igualdade⁴⁸, a abrir espaço para a formulação das concepções de igualdade formal e igualdade concreta⁴⁹. O sentido abstrato e formal de justiça, a qual se relacio-

43 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.26-27.

44 FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 43.

45 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.213.

46 “Pois não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p.118; igualmente, MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 448-449.

47 “O problema da igualdade no Direito, porém, não se esgota aí. Não importa apenas saber se as pessoas *são* ou *não são* iguais (igualdade descritiva). É preciso saber, também, se as pessoas *devem* ou *não devem* ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Esses juízos comparativos estão evidentemente relacionados: para saber se as pessoas devem ser tratadas igualmente é preciso verificar, no plano dos fatos, se elas têm as propriedades selecionadas como relevantes pela norma; às vezes, uma razão para tratar as pessoas igualmente é o próprio fato de elas serem iguais, quando se pretende mantê-las iguais; outras vezes, uma razão para tratá-las igualmente é o fato de elas serem diferentes, caso se queira aproximá-las; e outras vezes, ainda, uma razão para tratá-las diferentemente é o fato de elas serem iguais, caso se queira separá-las.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.44; cf. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.218.

48 v. ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Traducción Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985, p. 236-245; AQUINO, Santo Tomas de. *Suma de Teología*. Parte II. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, p.421-507.

49 “A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre

na a noção de igualdade formal⁵⁰, corresponde a um princípio de ação a qual impõe como justa o tratamento idêntico de todos os seres que são iguais em certo ponto de vista, ou seja, que comunguem de uma mesma característica. Chaïm Perelman qualifica tal característica de essencial, na medida em que a partir delas é possível agrupar o serem numa mesma classe ou categorias.⁵¹

Por conseguinte, a justiça formal ou abstrata seria definida como “*um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*”⁵². Enquanto conceito formal, a definição não indica quando dois seres compõem uma mesma categoria tampouco como devem ser tratados. Para tanto, sugere Perelman seis fórmulas de justiça concreta⁵³: *i. a cada qual a mesma coisa; ii. a cada qual segundo seus méritos; iii. a cada qual segundo suas obras; iv. a cada qual segundo suas necessidades; v. a cada qual segundo sua posição; e vi. a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.*⁵⁴

Nesse sentido, a justiça concreta corresponderia no aludido pensamento a uma especificação da justiça formal a partir da indicação das categorias essenciais e de sua forma de tratamento em decorrência das aludidas fórmulas. “Daí resulta que a igualdade de tratamento na justiça formal nada mais é senão a aplicação correta de uma regra de justiça concreta que determina a forma como devem ser tratados todos os membros de cada categoria essencial.”⁵⁵

Tomando como base o aludido raciocínio pode-se concluir que agir de forma igualitária significa tratar igualmente todos que pertençam a uma mesma categoria ou classe, sendo que tais categorias e classes são identificados a partir fórmulas que levam em conta uma característica geral⁵⁶ (*a cada qual a mesma coisa*) até circunstâncias mais específicas como (mérito, obra, necessidade, posição ou previsão legal). O refe-

este ponto. A idéia de justiça consiste numa certa aplicação da idéia de igualdade.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.14.

50 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.213.

51 “Com efeito, aquele que reclama que se leve em conta o mérito, quererá que se trate da mesma forma as pessoas de mérito igual; o segundo quererá que se reserve um tratamento igual às pessoas com as mesmas necessidades; o terceiro reclamará um tratamento justo, ou seja, igual, para as pessoas de mesma posição social, etc. Seja qual for o desacordo deles sobre outros pontos, todos estão, pois, de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, *a única que se deva levar em conta na administração da justiça*. Qualificamos essa característica de *essencial*. Se a posse de uma característica qualquer sempre permite agrupar os seres numa classe ou numa categoria, definida pelo fato de seus membros possuírem a característica em questão, os serem que têm em comum uma característica essencial farão parte de uma mesma categoria, a mesma categoria essencial.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 18-19.

52 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit., p.19.

53 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit., p.41.

54 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit., p. 20-33.

55 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit., p.42.

56 O fato de serem todos humanos.

rido raciocínio, nada obstante, ainda é insuficiente para responder o questionamento de “o que faz uma situação jurídica mais especial que outra para justificar uma tutela jurisdicional diferenciada?”, de modo que é preciso avançar.

Ao se pretender o alinhamento do discurso a uma formulação teórica de natureza jurídico-dogmática a escolha do critério de diferenciação recairia sobre a “previsão legal”. Os demais critérios (mérito, obra, necessidade ou posição) estariam intimamente relacionados com o discurso ético e filosófico⁵⁷. Por outro lado, a fórmula geral (*a cada qual a mesma coisa*) é algo que se aproximaria de um modelo de igualdade absoluta de caráter utópico⁵⁸.

Contudo, é preciso alertar que “lei” deve ser tomada como acepção ampla de “jurisprudência”, incluindo-se especialmente o arcabouço normativo constitucional global ou bloco de constitucionalidade (inclusive os princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global)⁵⁹.

Da mesma maneira, não se pode desconsiderar que os referidos parâmetros éticos influenciam na conformação da jurisdição. Dentre todos demais parâmetros éticos, o que mais parece influenciar a conformação da Constituição brasileira⁶⁰ é a “*a cada qual segundo suas necessidades*”. Pode-se, neste ponto, observar que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, incisos I, III e IV)⁶¹.

57 Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.27-29.

58 “O ideal de justiça corresponderia à primeira de nossas seis fórmulas. Mas, essa igualdade perfeita, todo o mundo percebe imediatamente, é irrealizável e só pode constituir, portanto, um ideal para o qual se pode tender, um limite do qual se pode tentar aproximar-se na medida do possível. Todas as outras concepções da justiça não passariam de tentativas imperfeitas de realizar tal igualdade: buscar-se-ia pelo menos realizar uma igualdade parcial, que é tanto mais fácil de atingir quanto mais se afastar desse ideal de igualdade completa.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Op. cit., p.15; sobre o equívoco da defesa da ideia de “igualdade perfeita”, cf. MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 463-464.

59 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 919-924.

60 Não somente a linha ideológica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas também o pensamento político ideológico do mundo ocidental. v. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.218; MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.413; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiro, 2013, p.57-62.

61 “O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiro, 2012, p.391; na constituição anterior, afirmava Pontes de

É neste aspecto, por exemplo, que se impõe investigar o significado das noções de igualdade perante a lei e de igualdade na lei⁶².

3.1. A igualdade formal e a igualdade material.

A tradicional concepção de igualdade, concebida como perante a lei (igualdade formal), de eminente conotação negativa, foi-se transformando com base na ideologia do Estado social, numa concepção de base fática e marcada pelo caráter prestacional de seus efeitos⁶³. A teoria da igualdade fática, dizia Alexy, “é, entre outras coisas, um programa para distribuição dos bens socialmente distribuíveis”⁶⁴.

A noção de igualdade perante a lei (igualdade formal) foi compreendida como um dever de igualdade na aplicação do direito, de modo a vincular tão somente os órgãos de aplicação do direito, deixando de fora o legislador. A esta noção corresponderia ao dever de aplicar a norma jurídica a todas as situações abrangidas por seu suporte fático e a nenhum caso que não o seja.⁶⁵

Essa concepção reduziria a igualdade ao dever de obediência da própria norma jurídica, sem estabelecer qualquer requisito substancial para a aferição da validade da norma⁶⁶. Tal circunstância legitimaria e autorizaria uma postura discriminatória do

Miranda: “A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato *mais* desigualdades econômicas mantidas *por leis*. O direito, que em parte as fêz, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensão das desigualdades.” MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t.IV, p. 689.

62 Nada obstante a dita diferenciação seja considerada inútil e desvantajosa no sistema brasileiro por José Afonso da Silva, uma vez que se incorporariam doutrinária e jurisprudencialmente como sinônimas. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.215.

63 Cf. MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 485 e ss.

64 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.425. “O Estado social é enfim o Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar a hermenêutica constitucional, em se tratado de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiro, 2012, p.391.

65 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.393-394; igualmente, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 158.

66 “Se exploramos o conteúdo do princípio, temos que lhe cabem duas funções: (1) regular a feitura das leis, o direito *in fieri*, submetendo-o à exigência de ser igual para todos; (2) quanto ao direito já feito, *a*) servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia, *b*) ser fonte de direito, em si-mesmo, preenchendo as lacunas das lei anteriores ou posteriores à sua ação, *c*) ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública, *d*) servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição, *e*) ser fundamento de outros princípios (e. g., igual acesso aos cargos públicos), só ou em conjunto com outros direitos fundamentais.” MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.487

legislador, na medida em que o primordial seria a observância da norma em todos os casos para que a igualdade na aplicação da lei tenha sido satisfeita.⁶⁷

Não se pode, contudo, desconsiderar a vinculação do legislador aos princípios fundamentais e aos direitos decorrentes. Os direitos fundamentais são expressões de desconfiança⁶⁸ em relação ao legislador, o qual deve submeter as disposições normativas por ele mesmo criadas ao controle em face dos direitos fundamentais⁶⁹. Desse modo, a igualdade vincula a não somente a aplicação senão a conformação do direito.⁷⁰

O aludido dever de igualdade na criação do direito, impõe que o legislador trate a todos de forma igual, nada obstante não imponha que o legislador insira todos na mesma posição jurídica, tampouco que tenha responsabilidade na igualdade de todos em relação a característica naturais ou mesma condições fáticas⁷¹. É nesse viés que ascende a concepção de igualdade na lei, haja vista que não basta a aplicação uniforme da lei, senão que esta não contenha uma distinção arbitrária⁷².

Em lição que se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro⁷³, Robert Alexy explicita relevantes reflexões sobre o enunciado geral de igualdade⁷⁴. De uma leitura da jurisprudência

67 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.394-395; MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 487.

68 v. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.401-402.

69 Cf. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.119-137.

70 “Por esta razón, desde hace tiempo, se ha reducido a expresar el derecho fundamental de “igualdad ante la ley” como derecho a aplicar el derecho: como fórmula vacía, pues. Sin embargo, este reducir el derecho de igualdad a igualdad de aplicación del derecho va muy lejos. En el principio de igualdad están contenidas exigencias totales y precisas para el legislador: es tarea de él dar al derecho positivo una forma que corresponda a las exigencias estructurales del orden social —es decir, un orden que está generalizado y que es especificable de manera temporal, objetiva y social.” LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p.273. Igualmente, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.395; CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 14-17; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11-12; BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 2, jul./dez. – 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/47/47>. Acesso em 21 de jun. 2021, p.220-221.

71 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.396.

72 v. CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 15-17; BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15/31. São Paulo: Malheiros, 1996; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 78.

73 v. STF, ADI MC 1.355-6, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 23.11.1995, DJU 3.2.1996, p. 3.623. disponível em www.stf.jus.br, acesso em 10 de jun. 2021.

74 Digno de nota que é a crítica de José Afonso da Silva sobre a distinção entre o sentido da “igualdade perante a lei” e a “igualdade na lei”: “Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.215; afirmando que o enunciado prescreve as duas formas de igualdade, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 158; SILVA, José Afonso da. O advogado perante o princípio da igualdade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.

dência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Alexy explica que o enunciado geral da igualdade ora se mostra dependente da existência de um par de comparação⁷⁵, ora se reduz a uma proibição geral de arbitrariedade. Criticando a segunda linha, argumenta o autor que uma proibição geral de arbitrariedade somente seria obrigatória se não fosse possível exame de arbitrariedade independentes de pares de comparação. Ademais, arbitrariedade estaria sempre associada a violação de algum dos direitos fundamentais.⁷⁶

O autor extrai da jurisprudência do referido tribunal ao menos três fórmulas: *i.* “ao legislador é vedado tratar (1) o igual desigualmente”; *ii.* “ao legislador é vedado tratar (2) o substancialmente igual desigualmente”; e *iii.* “ao legislador é vedado tratar (3) o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual”⁷⁷. Com relação as duas últimas fórmulas, Alexy extrai duas interpretações relacionadas ao exame da igualdade.

Na primeira interpretação, a igualdade seria verificada em três passos: *i.* a verificação de um tratamento desigual e uma igualdade fática parcial que sirva de base para o exame da igualdade⁷⁸; *ii.* questiona-se se a igualdade fática parcial deve ser classificada como substancial⁷⁹; e *iii.* observa-se se o tratamento desigual foi arbitrário em razão da igualdade fática substancial. Na segunda interpretação, todo tratamento desigual a situações de igualdade fáticas substanciais seria arbitrária, de modo que o exame ocorreria em duas etapas: *i.* verificação de tratamento desigualdade a uma igualdade fática parcial que se preste de base para o exame da igualdade; e *ii.* verificação se a igualdade parcial tem natureza substancial.⁸⁰⁻⁸¹

9. São Paulo: 1976, p. 132-135; COMPARATO, Fábio Konder. Precisão sobre o conceito de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.17; FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955, p.7.

75 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.29.

76 “Contra um exame geral de arbitrariedade, e a favor da vinculação do exame de arbitrariedade a dispositivos de direitos fundamentais específicos, há o fato de que o um exame geral de arbitrariedade conduziria a um caldo de subsunções quase impenetrável, no qual o conteúdo dos dispositivos de direitos fundamentais específicos desempenharia um papel que, embora importante, seria praticamente ininteligível. Diante disso, é necessário que seja estritamente mantida a restrição da aplicabilidade de enunciados geral de igualdade a pares de comparação.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.401-402.

77 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.402.

78 v. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.46-47.

79 “A questão central é, precisamente, saber como escolher a medida de comparação, dentre as tantas disponíveis, e qual deve ser a relação existente entre a medida de comparação e a finalidade que justifica a sua utilização.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.46-47.

80 “Para responder à pergunta sobre qual das interpretações é correta, é necessário, antes de mais nada, mencionar que o Tribunal Constitucional Federal condiciona a lesão ao enunciado de igualdade à arbitrariedade do tratamento, mesmo nos casos em que ele toma como ponto de partida a segunda fórmula [“ao legislador é vedado o substancialmente igual desigualmente”], isto é, aquela que não menciona o termo “arbitrariamente”. A jurisprudência do tribunal sobre igualdade tem como fio condutor o seguinte enunciado: ‘O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária.’” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.403.

81 Em sentido muito próximo, Bandeira de Mello afirma que: “[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto

Evitando a definição do conceito substancial de igualdade com o auxílio do conceito de arbítrio, e com a conseqüente redundância da fórmula, no que concerne a igualdade substancial seria possível compreendê-la ora como igualdade fática parcial, ora como igualdade relevante e ora com igualdade valorativa em sentido ideal. Para Alexy, todas as três interpretações seriam inaceitáveis.⁸²

Na primeira interpretação qualquer igualdade fática parcial poderia ser considerada suficiente para qualificação de substancial o que tornaria supérflua a terceira fórmula. Na segunda interpretação, a compreensão da igualdade substancial enquanto igualdade relevante, em que pese delimitadora da infinidade de possibilidades de comparação uma vez que caracteriza as igualdades fáticas parciais que mereçam o exame de arbitrariedade, peca pela ausência de racionalidade na definição do que será considerado relevante. Ademais, tal interpretação poderia produzir o raciocínio tautológico de se recorrer a um critério orientado pelo critério de arbitrariedade para excluir o próprio exame da arbitrariedade.⁸³

Restaria a terceira interpretação a identificar a igualdade substancial com uma igualdade *valorativa em sentido ideal*. Nessa concepção, parte-se da premissa de que o legislador possui ampla liberdade de conformação a decidir pela regulação mais justa ou mais conveniente. O controle de igualdade ocorreria apenas em casos extremos, delimitados pelo conceito de arbitrariedade.⁸⁴

Nesse cenário, poder-se-ia deduzir uma concepção forte e outra fraca do enunciado de igualdade. A concepção forte diz respeito a uma solução ideal mais justa e mais adequada, que permitiria produzir a eliminação da liberdade de conformação legislativa a qual estaria submetida ao que o aplicador (no caso o Tribunal Constitucional) entendesse como o mais justo e mais adequado o que se mostraria inaceitável.⁸⁵

Por sua vez, a concepção fraca resumir-se-ia a verificação da igualdade valorativa em sentido restritivo, e não ideal, de modo a manter a liberdade de conformação do legislador, delimitando-se por meio do conceito de arbítrio. Nessa última interpretação, a acepção fraca é, pois, igualmente inaceitável haja vista que se mostraria redundante e tautológica pois não teria sentido realizar um exame da igualdade valorativa antes do exame de arbitrariedade.⁸⁶

é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.21-22.

82 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.404-405

83 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.404-406.

84 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.406.

85 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.406-407.

86 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.406-407.

Nessa ordem de ideias, as três formulas relativas à igualdade expressariam a mesma ideia, a qual poderia ser reduzida a assertiva de que “tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos.”⁸⁷

Mas desse raciocínio se desdobra outra questão: o que pode ser considerado um tratamento arbitrário?

3.2. A proibição de tratamento arbitrariamente desigual.

O tratamento arbitrário é aquele pautado em uma diferenciação arbitrária, ou seja, não sustentado em fundamento razoável. O fundamento razoável da diferenciação ora decorre da natureza da coisa, ora decorre de uma razão objetivamente evidente que justifique⁸⁸ a diferenciação ou tratamento igual pela lei.⁸⁹

Neste aspecto, depara-se novamente com problemas relacionados a valoração. Desta vez, a valoração recai sobre o fundamento da diferenciação que está associada a verificação da qualificação como razão suficiente ou não para o tratamento distinto⁹⁰.

Por conseguinte, tal exigência, em verdade, representa a imposição de um ônus argumentativo para o tratamento desigual. Como afirma Luhmann, considerando que praticamente não existe atuação estatal que não produza efeitos diferenciados nas pessoas, apoiam-se na igualdade para pôr em relevo a necessidade de fundamentar a desigualdade⁹¹.

87 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.407.

88 «É que a medida de comparação não surge antes (logicamente) da finalidade. Ela surge depois. Claro, para saber como comparar dois sujeitos é preciso, antes, saber a finalidade da comparação.» ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.48.

89 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.407-408.

90 “En la caída libre de la metafísica ontológica tradicional este relativismo ya no puede en realidad detenerse. Todo intento de hacerlo desemboca en afirmar presupuestos que desde hace mucho han perdido credibilidad y que deben afirmarse sólo porque se piensa que deben seguirse afirmando. Este relativismo puede superarse en un salto hacia adelante en la medida en que, primero, se piense consecuentemente hasta el final la relatividad de la representación de la igualdad. Si se considera que el esquema igual/desigual se aplica de manera arbitraria, la pregunta ineludible es qué sentido tiene en absoluto aplicarlo. Si se renuncia a presuponer que en la naturaleza o en el orden de los valores están puestos puntos de vista fijos que dictan normativamente lo que debe tratarse como igual o desigual, el sentido de este esquema deberá encontrarse en la orientación misma de la comparación. Y lo que allí se muestra es que el *esquema igual/desigual sirve como esquema especialmente adecuado para preguntarse por una razón suficiente*. Precisamente el vaciamiento del principio de igualdad —no contener ninguna instrucción de lo que ha de tratarse como igual o desigual— le confiere una función especial: exigir en cada tratamiento de lo desigual una justificación suficiente.” LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 275-276.

91 «É certo que *fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida*. [...] Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.18; igualmente, afirmava Pimenta Bueno: “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade

O princípio da igualdade funcionaria com o princípio da inércia na física a exigir uma causa para as mudanças de estado.⁹²

Entretanto, essa tendência em favor da igualdade não significa uma posição hierárquica superior em comparação a desigualdade⁹³, tampouco excluiria um dever de tratamento diferenciado diante da efetiva existência de razão suficiente para o tratamento desigual. De qualquer sorte, tal dever somente existiria diante da existência de razão suficiente para o dever de tratamento desigual, não ocorrendo quando inexistente razão suficiente para o tratamento igual⁹⁴.

Ao legislador é conferida ampla discricionariedade de conformação jurídica, na medida em que a escolha da diferenciação é sua competência. Primeiramente, pode promover um tratamento igualitário; se optar por promover um tratamento desigual somente será legítimo e constitucional se existente razão suficiente para a diferenciação (ônus argumentativo) que retire da diferenciação o caráter arbitrário. Apenas estará obrigado a diferenciar, excepcionalmente, quando existam razões suficientes para a diferenciação e para a obrigatoriedade do tratamento.⁹⁵

Ademais, razão suficiente não significa que o tratamento desigual deixará de ser arbitrário tão somente quando expressar “a melhor ou mais justa solução”. A arbitrariedade deixa de existir apenas se houver razões plausíveis para sua admissibilidade.⁹⁶

ou prerrogativa que não fôr fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem publico, será uma injustiça e poderá ser uma tyrannia.” BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Velleneuve E C., 1857, p.424.

92 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. Op. cit., p.276-278. Igualmente, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.408-409.

93 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. Op. cit., p. 277.

94 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.409-411.

95 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.412-413.

96 “A existência de casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a permissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual é proporcionada pela interpretação do conceito de razão suficiente por meio do conceito de arbítrio. Uma razão é uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário. Como definiu Leibholdz, arbítrio é uma forma mais acentuada de incorreção. Nesse sentido, um tratamento desigual não deixa de ser arbitrário somente quando é a melhor ou a mais justa solução; ele já o deixa de ser se para sua admissibilidade há razões plausíveis. É possível perceber as diferenças entre uma razão plausível e a melhor razão diante da possibilidade de um tratamento desigual, e, mesmo assim, aceito que existem razões plausíveis para esse tratamento. Mas uma razão plausível para a permissibilidade de um tratamento desigual não é ainda uma razão suficiente para sua obrigatoriedade. Que um tratamento desigual não seja arbitrário não implica, portanto, que um tratamento igual o seja. Ainda que o que foi dito não defina qual discricionariedade o legislador tem, ao menos demonstra que essa discricionariedade existe.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p.413; no mesmo sentido explica Humberto Ávila: “A questão, então, passa a dizer respeito à *motivação do tratamento diferenciado* e ao seu *modo de realização*. A igualdade pressupõe uma relação entre dois sujeitos com base em determinado critério de diferenciação. Esse critério de diferenciação, por sua vez, é utilizado para atingir determinada finalidade, correlacionando os sujeitos, tendo em vista determinadas propriedades que, relativamente àquela finalidade, são havidas como relevantes. As dificuldades começam, no entanto, quando são feitas as perguntas *pressupostas* pela relação de igualdade: como saber se a finalidade utilizada como justificativa para o tratamento diferenciado foi corretamente manipulada? Como aferir se o critério de diferenciação foi corretamente usado? Quais são as propriedades individuais relevantes para uma diferenciação?” ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.26-27.

Doravante, é necessário verificar o sentido das razões suficientes para a diferenciação.

4. AS RAZÕES SUFICIENTES DA DIFERENCIAÇÃO PROCESSUAL. ÔNUS ARGUMENTATIVO DO TRATAMENTO DESIGUAL E TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA.

O conteúdo jurídico do princípio da igualdade prescreve que a discriminação somente seria legítima e lícita caso exista um vínculo de correlação lógica entre as particularidade e peculiaridades verificada no objeto da comparação⁹⁷ e a desigualdade de tratamento que não fosse incompatível com o interesse legitimado na Constituição. a diferenciação deve se relacionar com o atendimento de interesse constitucionalmente protegido⁹⁸.

Primeiramente, deve-se investigar o elemento o qual é adotado como critério discriminatório e verificar se há justificativa racional (fundamento lógico) para atribuir um tratamento jurídico específico decorrente do elemento de desigualdade proclamada, para, finalmente, analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente identifica-se em concreto com os valores prestigiados no sistema constitucional^{99, 100}.

Humberto Ávila explica que a questão da igualdade se completaria com a introdução de um *elemento indicativo da medida de comparação*, bem como com a relação de congruência entre este e a medida de comparação, e entre a medida de comparação e a finalidade que justificaria sua utilização. A suscitada congruência entre *elemento indicativo da medida de comparação* e a medida de comparação demandaria a verificação estatisticamente fundada, ou seja, as evidências disponíveis proporcionariam “um *suporte empírico considerável* no sentido de que a existência do elemento indicativo se correlaciona com a existência (ou intensificação) das propriedades que a medida de comparação pretende conotar.”¹⁰¹

97 “Na verdade, o raciocínio de igualdade é comparativo de quaisquer objetos (fatos, situações ou atividades) relacionados a sujeitos que, no que concerne a eles, tenham interesses juridicamente protegidos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.46.

98 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.41; v. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.50; igualmente, STF, RE 203.954, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 20.11.1996, DJU 7.2.1997.

99 v. PISANI, Andrea Proto. Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada. Traducción de Hector Augusto Campos Garcia. In: *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2014, p.201.

100 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.21-22; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.72

101 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015, p.50-52; antes cf. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Op. cit., p.112-113.

Além disso, diante da multiplicidade de elementos indicativos das medidas de comparação deve-se optar por aquele mais significativo dentre os existentes e vinculados à medida de comparação¹⁰².

De toda sorte, nada obstante a precisão do raciocínio, impõe-se verificar até que ponto está adequada à análise da tutela jurisdicional diferenciada – especificamente aos procedimentos especiais.

Chamou-se atenção anteriormente que a tutela jurisdicional é diferenciada para atender as especificidades dos direitos de modo a garantir a sua adequada satisfação, sendo tal finalidade o mote próprio de qualquer forma de tutela jurisdicional. Não haveria pois qualquer diferença quanto à finalidade, sejam elas diferenciadas ou não, as técnicas processuais buscariam a efetiva proteção e realização dos direitos e interesse juridicamente protegidos.

Nesse contexto, se a cláusula geral de inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça impõe um caráter universalizante de um abstrato direito a tutela jurisdicional a se compreender que a isso deve ser garantido o acesso à estrutura jurisdicional e ao resultado efetivo da tutela jurisdicional a primeira regra que se pode extrair prescreveria que (1) *a todos deve ser garantido uma estrutura processual adequada que permita o acesso à jurisdição e ao resultado efetivo da tutela jurisdicional*.

Levando em conta a discricionariedade do legislador na conformação de tais estruturas¹⁰³, no sistema processual brasileiro, como dito, optou-se por um sistema eclético a englobar a previsão de uma estrutura geral de tutela jurisdicional – dito processo/procedimento comum – em cooperação e coexistência com estruturas técnicas processuais diferenciadas – a exemplo dos processos/procedimentos especiais.

Por conseguinte, dessa análise, pode-se extrair uma segunda regra a qual prescreveria que (2) *aquele que se detenha interesses (potencial) na tutela jurisdicional fará jus a uma estrutura processual geral ou diferenciada adequadas as especificidades do caso concreto*. Aqui, mais uma vez, levanta-se a questão: “o que faz uma situação jurídica mais especial que outra para justificar uma tutela jurisdicional diferenciada?”¹⁰⁴

102 “Os elementos indicativos devem ser conjugados no sentido de que o Poder Legislativo (ou Executivo, em alguns casos) não pode escolher um elemento, ainda que ele mantenha uma relação fundada com a medida de comparação, se houve outros elementos que mantenham uma relação *ainda mais próxima* com a medida de comparação. Com a relação entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo deve ser de correlação estatisticamente fundada, no sentido de que a (maior ou menor) presença do elemento indicativo deve ser correlacionar com a (maior ou menor) existência da medida de comparação – e a correlação deve aumentar, quando aumentar a intensidade do elemento indicativo –, podem existir dois ou mais elementos indicativos da medida de comparação que mantenham relações diferentes com a medida de comparação: a existência da medida de comparação, ao passo que a presença de outro elemento indicativo contribui ainda mais, em termos relevantes e substanciais, para a existência da medida de comparação. Nesse caso, *deve* ser escolhido o último, por ser mais significativo.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. Op. cit., p.54-55; antes cf. SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Op. cit., p.148 e 196.

103 cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios dos actos postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 115-116

104 Com críticas a utilização da especialização procedimental sem observância da isonomia v. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista AJURIS*, n. 33. 1985, p.81-82; A

Percebendo a existência da finalidade comum, poder-se-iam, em seguida, formular a seguinte assertiva: a tutela jurisdicional diferenciada somente se justificaria quando a tutela de uma situação jurídica concreta se distanciasse quanto resultado do assistido com relação a demais situações jurídicas. Nesse sentido, poder-se-ia formular uma terceira regra, associada ao que dito anteriormente, a qual prescreveria que (3) *a tutela jurisdicional diferenciada se justifica quando a tutela da situação jurídica necessitasse uma maior desenvoltura no atendimento das finalidades próprias da jurisdição não obtida por meio da estrutura geral do procedimento comum.*

Com efeito, caberia a legislador a análise das circunstâncias em que a referida medida de comparação justificasse sua opção pela formulação da estrutura diferenciada. Em princípio, para atender o raciocínio proposto a partir do princípio da igualdade a opção se daria especialmente diante da verificação estatisticamente fundada (*suporte empírico considerável*) que permitisse aferir se o elemento indicativo da medida de comparação se correlaciona com a existência (ou intensificação) das propriedades que própria a medida de comparação.

Todavia, é desconhecido no Brasil qualquer levantamento de dados preparatório que sejam considerados no momento da verificação da especialização ou diferenciação da estrutural processual/procedimental¹⁰⁵. Por conseguinte, deve-se optar por outro(s) método(s) de aferição da legitimidade da técnica processual diferenciada.

tutela diferenciada como decorrência da igualdade substancial entre os litigantes cf. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p.701; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, n. 692. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.43; COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIII, n.º 6. Milano: CEDAM, 2008, p.1530-1531.

- 105 “O Brasil não é um país de estatísticas: a reclamação, que se transformou em verdadeiro mote nacional, contaminou também os processualistas, que protestam, cada vez em maior número, contra a falta de colheita seletiva de dados trazidos pela experiência e respectiva análise técnica, análise esta que poderia evitar tantos equívocos na edição de novas leis do processo. Em tempos de reforma, o legislador ressentia-se da ausência de bases estatísticas que poderiam servir como guia confiável para alcançar seus objetivos, especialmente quando procura mecanismos seguros de aceleração da tutela jurisdicional atento ao *princípio lógico* que informa o processo.” CARMONA, Carlos Alberto. Prefácio. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p.11; Chiovenda já alertava para os inconvenientes da falta de análise racional em matéria de forma processual: “Por su parte la ciencia tiene un cometido igualmente grave: el estudio racional de las formas vigentes. Sin este trabajo preparatorio, el legislador andará a tientas en la inseguridad y en el error, y sin las debidas consideraciones suprimirá las formas antiguas e introducirá las nuevas. Sin este estudio racional, los prácticos continuarán dando vueltas, como hacen a menudo, en el dedalo de las formas, conociendo quizá a la perfección sus meandros, pero no sabiendo nada de sus orígenes y de su motivo. Y constituirá un grave daño; porque sí los prácticos tuvieran en el uso cotidiano o en las formas judiciales una clara visión de las necesidades a las que las mismas responden y del modo en que responden a ellas, nadie mejor que ellos podrían aconsejar las reformas procesales.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Las formas en la defensa judicial del derecho. Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. v. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, p. 128; igualmente, cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>. Acesso em 20 de jun. 2021; NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de processo*, n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.119; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.84-85.

Do ponto de vista jurídico dogmático, não é possível afirmar categoricamente se a opção pelo procedimento comum ou especial foi “boa” ou “ruim”, mas apenas que essa ou aquela foi a opção¹⁰⁶. Aquela análise depende de observação sociológica, estatística e filosófica a vista de certos critérios aceitos e racionalizados nos aludidos campos de conhecimento. Seria preciso, em primeiro lugar, conhecer o significado de “boa” ou “ruim” (qual o parâmetro para se afirmar que a opção foi ou é boa ou ruim?) para o fim da verificação, elegendo um ou mais critérios para tanto.

Numa proposta de análise dogmática, ora promovida, permitiria, contudo, focar em elementos dogmáticos-jurídicos que possibilitem aferir (de modo científico) se do ponto de vista jurídico a escolha pelo específica técnica de tutela jurisdicional diferenciada foi adequada e legítima¹⁰⁷.

Em se analisando a partir do modelo optado pelo sistema constitucional, pode-se observar alguns parâmetros. O primeiro desses parâmetros é a própria previsão constitucional a impor a diferenciação processual. Isso ocorre basicamente quando a constituição prevê o procedimento especial – chamadas ações constitucionais¹⁰⁸. Nada obstante, muitos dos procedimentos prescritos constitucionalmente são construídos com base em ideologias¹⁰⁹ e na tradição¹¹⁰, promovendo a tutela de interesses que poderiam ser absorvidos pelo procedimento comum sem maiores complicações, não podem ser considerados ilegítimos ou inconstitucionais.

No Brasil, são constitucionais em matéria cível em geral, por exemplo, o Mandado de Segurança, o Habeas Data, o Mandado de Injunção, Ação Civil Pública etc, além dos processos que formam a chamada jurisdição constitucional¹¹¹. Nestes casos, a previsão de estrutura específica de processo decorreria da própria prescrição Constitucional, de modo que se poderia extrair uma regra a qual prescreveria que (4) *a diferenciação*

106 v. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, n. 692. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.45-46.

107 “Não há negar, por certo, a possibilidade de uma correta sistematização, seja a partir da intrínseca irredutibilidade de certos procedimentos ao ordinário, seja com base na idéia de ‘exceções reservadas’, embora esta acabe por conduzir à suposta sumariedade de todo procedimento especial. O que não se pode aceitar é a proliferação caótica e indiscriminada, submissa a razões sem qualquer compromisso científico.” FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.39.

108 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Introdução – Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p.1-4.

109 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

110 Para Marinoni, Arenhar e Mitidiero a previsão desses procedimentos serve a chamar atenção a sua importância e a importância dos direitos por ele tutelados, bem como impossibilita sua exclusão da ordem jurídica. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.50

111 Sobre jurisdição constitucional v. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. *Revista de Processo*, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.79-80; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.26-29

de tutela será legítima nas hipóteses explícitas de procedimentos especiais ou técnicas processuais com assento constitucional.

Contudo, nem sempre a questão se resolveria de maneira simples, na medida em que, como resta evidente, nem toda técnica de tutela jurisdicional diferenciada (principalmente, procedimentos especiais) possui assento explícito na Constituição. Nestes outros casos, a aferição da legitimidade depende da interpretação da cláusula geral de inafastabilidade da jurisdição.

Aqui, mais uma vez, a percepção da ampla discricionariedade legislativa¹¹² na conformação da estrutura processual que garanta o efetivo acesso à justiça é premissa¹¹³. Ao contrário do que ocorre com a aplicação da cláusula geral de igualdade, com relação à diferenciação da tutela jurisdicional a presunção da legitimidade milita em favor da diferenciação.

Deixar de promover a especialização procedimental pode importar em desastrosas consequências à efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que se estaria promovendo um tratamento uniforme a situações diferenciadas¹¹⁴. Nesse sentido, em cumprimento desse desiderato, o legislador poderia utilizar diversas técnicas de especialização procedimental.

A arbitrariedade ocorreria na não extensão da técnica aos casos gerais, sempre que possível. Diante da pretensão de universalidade do acesso à justiça, a discriminação odiosa estaria no privilégio de algum grupo determinado em detrimentos dos demais¹¹⁵. Em sendo possível, a técnica de diferenciação dever ser generalizada a qualquer situação jurídica a que de algum modo se mostre adequado.

112 Como visto anteriormente, a discricionariedade legislativa ocorre em razão da competência do legislador para a escolha da diferenciação. Isso significa que o legislador pode promover um tratamento igualitário ou optar por promover um tratamento desigual desde que exista razão suficiente para a diferenciação (ônus argumentativo) que retire da diferenciação o caráter arbitrário. Como visto, haverá obrigação de diferenciar, excepcionalmente, quando existentes razões suficientes para a diferenciação e para a obrigatoriedade do tratamento.

113 “Entretanto, apesar do esforço de inventariar os fatores que levam à sua criação, é preciso dizer: não há uma razão clara para que o legislador estabeleça procedimentos especiais. Frequentemente, essa escolha legislativa é política, ou baseada em conveniência; às vezes, o que motiva a criação de procedimento especial é o simples peso da tradição; portanto, buscar as razões para a introdução ou manutenção de um procedimento especial na legislação tem pouca ou nenhuma utilidade dogmática.” DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p.29-30.

114 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, n. 692. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.43; COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIII, n.º 6. Milano: CEDAM, 2008, p.1530-1531.

115 “Não raro, os procedimentos especiais introduzem novidades que não são propriamente adaptadas ao particular tipo de conflito de interesses que pretendem tutelar. A impressão que se tem é a de que o legislador, ao criar ou modificar procedimentos especiais (especialmente no caso de leis extravagantes), frequentemente aproveita para criar mecanismos que acelerem o processo independentemente das peculiaridades do direito

A especialização procedimental não deve servir de sustentação a um estado de inércia e negligência quanto ao aprimoramento do procedimento comum, haja vista que é ele que servirá de meio para resolução da quase totalidade dos casos¹¹⁶. Agir de outra maneira, privilegiando a especialização procedimental não se mostraria técnica e politicamente correta. “Não devemos encorajar a ressurreição da crença arcaica de que para cada pretensão há um procedimento ideal, ou que seja conveniente agruparmos pretensões e tratá-las de um modo procedimental específico.”¹¹⁷

Por conseguinte, Calmon de Passos afirmava que o procedimento ordinário (hoje, comum) deveria ser o modelo de excelência que se por acaso estivesse mal estruturado cumpriria receber a prioridade na tarefa de lhe atribuir uma melhor feição. Além disso, nada justificaria, nessa visão, manter eventual inadequação no procedimento comum, optando-se pela estruturação de procedimentos especiais desigualizador e complicador, bem como acobertador de algum tratamento privilegiado¹¹⁸.

Nesse contexto, uma nova regra pode ser sugerida: (5) *será legítima toda diferenciação procedimental pautada em característica da situação jurídica tutelada e desde que a diferenciação não implique em mero privilégio de grupo(s) específico(s)*. Igualmente, pode-se completar com a regra que prescreve que (6) *sempre que possível, o legislador deverá estender a utilização da técnica diferenciada a qualquer situação jurídica em que a referida intervenção se apresente adequada por meio de aprimoramento do procedimento comum*.

material que lhe constitui a base. E, não raro, essas experiências, por terem se revelado frutuosas, tornaram-se gerais por reforma no Código de Processo Civil.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73; no século XIX, com críticas a diferenciação de tratamento entre as partes, confira a clássica obra de Anton Menger. MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1898, p.100-104;

- 116 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.40; no mesmo sentido, v. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. t. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.8-9; v. COUTURE, Eduardo J. *Exposición. Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de motivos*. Buenos Aires: Depalma, 1945, p.25-26; VIEIRA, Luiz Alberto. Sobre el proyecto de nuevo código de procedimiento civil uruguayo. *Revista de Processo*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p.164-165.
- 117 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: *Procedimentos especiais: legislação extravagante*. Fredie Didier Jr., Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p.4; “Ao disciplinar qualquer procedimento especial, o legislador se depara com dois riscos: o de deixar de alterar o procedimento comum naquilo que seria necessário para uma adequada tutela dos direitos materiais, ou modificá-lo sem benefício algum à atividade jurisdicional. Ambos os deslizes produzem consequências insidiosas.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70.
- 118 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: *Procedimentos especiais: legislação extravagante*. Fredie Didier Jr., Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p.3-4; no mesmo sentido, v. LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. t. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.26; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

A diferenciação seria direcionada, tão somente a situações excepcionais. Desse modo, observar-se-ia a proteção diferenciada das situações jurídicas efetivamente ca-recedoras da especialidade, sem desconsiderar o desenvolvimento da estrutura geral de tutela jurisdicional e sua tendência sincretista.

De qualquer sorte, é preciso constantemente submeter as normas legais relativas a procedimentos especiais a verificação de sua utilidade atual em vista das funções a serem exercidas através da especialização procedimental. Concomitantemente, impõe-se aferir a existência de algum déficit de efetividade do procedimento comum que justifique a constituição do procedimento especial¹¹⁹ ou a própria integração do procedimento comum, se for o caso.

Contudo, por si só, o raciocínio não permite verificar se e em quais circunstâncias a adequação processual será imposta constitucionalmente enquanto dever do legislador. Impõe-se, portanto, a necessidade de refletir acerca de elementos e critérios que permitam certa previsibilidade do impacto legislativo na criação ou manutenção de modelos procedimentais. Os referidos critérios permitiriam, ao menos, o controle da liberdade de conformação legislativa no estabelecimento dos procedimentos (principalmente quando da constituição de técnicas especiais).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como visto, diferentemente do que ocorre com a aplicação da cláusula geral de igualdade, na constituição de modelos procedimentais a presunção da legitimidade e constitucionalidade milita em favor da diferenciação. Não promover a especialização procedimental poderia, por exemplo, importar em desastrosas consequências à efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que se estaria promovendo um tratamento uniforme a situações diferenciadas.

Todavia, não se deve desmerecer a necessidade de constante revisitações aos modelos procedimentais, seja em vista à constante atualização do procedimento (principalmente o procedimento comum), seja em vista à verificação da utilidade do procedimento especial.

Para tanto, ainda se encontra pendente a reflexão acerca de elementos e critérios que permitam certa previsibilidade do impacto legislativo na criação ou manutenção de modelos procedimentais. No mínimo, os referidos critérios serviriam de relevante fator de controle da liberdade de conformação legislativa no estabelecimento dos procedimentos (principalmente quando da constituição de técnicas especiais).

A aferição de critérios de impacto legislativo seriam importante fator de controle da liberdade de conformação dos procedimentos, circunstâncias que não podem ser desconsiderados ante a necessária concretização dos preceitos constitucionais relacionados com a igualdade e com a inafastabilidade da jurisdição.

119 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84.

6. REFERÊNCIAS.

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e história del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, t. II.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AQUINO, Santo Tomas de. *Suma de Teología*. Parte II. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Traducción Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1985.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdiccional diferenciada. *Revista de processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2015.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. Aspectos gerais dos procedimentos especiais em face do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n.º 247. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERIZONCE, Roberto O. Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Processo*, n.º 165. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Ideologías y proceso. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela processual “diferenciada”. *Revista de Processo*, n.º 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiro, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiro, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N. 2, jul./dez. – 2003. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/47/47>. Acesso em 21 de jun. 2021.
- BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva e Companhia Livraria Acadêmica, 1946.
- BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15/31. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Velleneuve E C., 1857.

- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. Processo, procedimento e direito material. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. I. Uberaba: Vitória, 1975.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica*: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.
- CARMONA, Carlos Alberto. Prefácio. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antonio. O princípio da igualdade. *Revista Justitia*, n. 90, 1975.
- CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1980.
- CERQUEIRA, Társis Silva de. *O procedimento comum e sua relação com os procedimentos especiais*: a análise do conteúdo normativo do art. 327, §º, do Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Las formas en la defensa judicial del derecho. *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. v. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LXIII, n.º 6. Milano: CEDAM, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. Precisão sobre o conceito de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COUTURE, Eduardo J. Exposición. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de motivos*. Buenos Aires: Depalma, 1945.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reforma do Código de Processo Civil e os procedimentos especiais. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n.º 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. t. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação teórica dos procedimentos especiais. In: *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, n. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1955.
- FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. t. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Comemorativa do cinquentenário 1926-1976. Porto Alegre, 1976.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Tradução de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel Derecho, 2009.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, n.º 663. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1898.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, t. XIII.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. IV.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MONROY GALVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. *Revista de Processo*, n.º 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MONTESANO, Luigi. Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutela differenziata” nei processi civili. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas no Direito Processual Civil. In: *Temas de direito processual: Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MORELLO, Augusto Mário. Las nuevas exigencias de tutela. *Revista de Processo*, n.º 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de processo*, n. 184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Revista AJURIS*, n. 33. 1985.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: *Procedimentos especiais: legislação extravagante*. Fredie Didier Jr., Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PICARDI, Nicola. I processi speciali. *Revista di Diritto Processuale*, v. XXXVII, n.º 2. Padova: CEDAM, 1982.
- PISANI, Andrea Proto. Acerca de la tutela jurisdiccional diferenciada. Tradução de Héctor Augusto Campos García. In: *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra, 2014.
- PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela sommaria. In: *Il Processi speciali, studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979.
- PISANI, Andrea Proto. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *Revista de Processo*, n.º 239. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.
- PISANI, Andrea Proto. Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata. *Revista de Processo*, n.º 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PISANI, A. Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XXXIV (II Serie). Padova: CEDAM, 1979.
- PISANI, Andrea Proto. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. *Il Foro Italiano*, v. 96, n.º 9. Roma: Il Foro Italiano, 1973.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco Ramos. La reforma de los procesos civiles especiales. In: *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.
- ROCHA, José de Moura. Sobre os procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n.º 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- SCHAUER, Frederick. The generality of law. *West Virginia Law Review*, n. 107, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editoria, 1996.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>. Acesso em 20 de jun. 2021.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SILVA, José Afonso da. O advogado perante o princípio da igualdade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 9. São Paulo: 1976.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude da defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, n. 692. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios dos actos postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. *Revista de Processo*, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. II. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [e-book]
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffré, 1974.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, n.º 180. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Introdução – Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- VERDE, Giovanni. Unicità e pluralità di riti nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. v. XXXIX. Padova: CEDAM, 1984.
- VIEIRA, Luiz Alberto. Sobre el proyecto de nuevo código de procedimiento civil uruguayo. *Revista de Processo*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre Processo e Constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- ZANETTI JR., Hermes. Teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

Ensaio sobre a multipolaridade e o policentrismo (com projeção aos conflitos internos do inventário causa mortis)¹

Essay on multipolarity and policentricity (with projection to the internal conflicts of the causa mortis inventory)

Rodrigo Mazzei

Master's degree (PUC-SP), PHD (FADISP), with postdoctoral (UFES).
Professor (graduate and post-graduate) of UFES.
Lawyer and Legal Advisor

Resumo: O ensaio busca analisar o modo como os fenômenos da multipolaridade e do policentrismo exsurtem nas relações processuais complexas. Tem por objetivo demonstrar como se desenvolve a atuação das partes nos processos em que se manifestam tais fenômenos. Utiliza-se como ambiente para a pesquisa o inventário *causa mortis*, diante da forte carga policêntrica e multipolar dos conflitos sucessórios, marcados pelo entrelaçamento de relações jurídicas complexas. Conclui-se que nos processos de inventário é possível observar movimentações di-

¹ O estudo foi escrito para homenagear o Professor Cândido Rangel Dinamarco. A pesquisa para o trabalho contou com o voluntário e inestimável auxílio de Deborah Azevedo (mestranda em Direito Processual pela UFES, sob orientação do Professor Doutor Rodrigo Mazzei).

nâmicas e posicionamentos móveis das partes que não são observados corriqueiramente no procedimento padrão.

Palavras-Chave: multipolaridade; policentrismo, inventário; sucessão; participação

Abstract: The essay seeks to analyze the way in which the phenomena of multipolarity and polycentrism emerge in complex procedural relations. Its objective is to demonstrate how the performance of the parties develops in the processes in which such phenomena are manifested. The inventory *causa mortis* is used as an environment for research, given the strong polycentric and multipolar weight of succession conflicts, marked by the intertwining of complex legal relations. It is concluded that in the inventory processes it is possible to observe dynamic movements and mobile positions of the parties that are not commonly observed in the standard procedure.

Keywords: multipolarity; polycentrism; inventory; succession; participation

Sumário: 1 - Foco do estudo; 2 - Noções básicas sobre multipolaridade e policentrismo; 2.1 – Multipolaridade; 2.2 – Policentrismo; 2.3 - Breve esquadro entre multipolaridade e policentrismo; 3 - Noções básicas sobre a sucessão e o inventário *causa mortis*; 4 - As posições jurídicas assumidas no inventário sucessório; 5 – Fechamento; 6 - Referências

(...) o mérito no processo de inventário e partilha, é julgado aos poucos, ou seja, na medida em que surgem questões de direito que podem ser decididas com força de coisa julgada pelo juiz do inventário (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *Inventário e partilha judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 173).

A particularidade do inventário está em ser procedimento que abrange ou abarca outras ações ou procedimento, como a ação de colação, e, no geral, todas que não sejam de ‘alta indagação’, dando-lhes uma certa ordem ou procedimento específico, em que diferentes fases ou momentos processuais estão nitidamente marcados. Não se trata, portanto, de um aglomerado de ações, o que poderia suceder se o inventário não fosse obrigatório. Nesse caso, ter-se-ia de regulamentar a cumulação de ações com minúcia, para impedir que a ação de partilha se transformasse numa multiplicidade desordenada de pretensões (Clóvis do Couto e Silva. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol XI – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 364).

1. FOCO DO ESTUDO.

O presente ensaio tem como pano de fundo a participação dinâmica das partes no inventário sucessório. O tema aparentemente singelo (e que não despertou grande interesse na doutrina) releva a necessidade de reconhecer não só o objetivo do inventário sucessório, mas também de identificar as relações jurídicas que nele são formadas. Com tal norte de investigação, evidencia-se a necessidade de que o estudo seja efetuado a partir de enfoque sobre a *multipolaridade* e o *policentrismo*.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE MULTIPOLARIDADE E POLICENTRISMO.

A multipolaridade e o policentrismo aplicados ao direito processual são assuntos ainda pouco explorados e, em razão de pontos de contato, em alguns momentos tratados como fenômenos únicos, o que não se afigura como perfeito. Há, pois, processos em que a multipolaridade está presente, mas sem que se vislumbre policentrismo de conflitos e vice-versa. Sem pretender esgotar o tema – até mesmo diante do ambiente de singelo ensaio – as notas que seguem visam fixar as premissas seguidas e aplicadas em confronto aos contornos e engenho do inventário sucessório.

2.1. Multipolaridade.

Partindo da base, ao se fazer alusão à palavra “polo” seu significado mais comum remete à ideia de extremidade, fixando-se ainda a ideia de uma contraposição, a partir da premissa de que os *‘extremos não se encontram’*. É natural se pensar em dualidade de polos, pois tal idéia absorve a dimensão de duas extremidades. Note-se, a partir de tal lógica, que ao se falar em cenário “multipolar” remete-se à concepção de situação com mais de dois polos, criando-se, de outra banda, ambiência diferente na contraposição de extremidades, que passa a ser mais fluída, já que a marcação natural de duas extremidades – em concepção binária – desaparece e necessita ser verificada no caso concreto.

Não é por acaso que no direito processual a palavra “polo” é utilizada para identificar as diferentes posições processuais assumidas pelas partes na demanda. Cada polo representa, grosso modo, um interesse específico defendido em juízo por determinado sujeito. No sentido, o direito processual civil é marcado por dualidade representada pela relação “requerente” e “requerido” (tratados com nomenclaturas outras, tais como “autor” e “réu” ou “exeqüente” e “executado”), fato que demonstra que as relações processuais foram projetadas para um debate em dois extremos, ainda que com variações pontuais que ficam mais evidenciadas nas hipóteses típicas de intervenção de terceiros. No sentido, a assistência é basicamente a adesão a um polo (art. 119, CPC²), ao passo que na denunciação da lide instaura-se “nova ação” mantendo blindadas as extremidades do processo original (art. 125, CPC/15³).⁴

2 Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

3 Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

4 Com críticas relevantes ao sistema binário de polaridades, vale conferir SICA. Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v.36, nº 200, São Paulo: RT, outubro de 2011, p. 13-70.

Com o gabarito acima, firmou-se o entendimento de que o sujeito que provoca a jurisdição estatal mediante o exercício do direito de ação ocupa o polo ativo da demanda, enquanto aquele que deve apresentar algum tipo de resposta (em regra, defesa) ocupa o polo passivo⁵. Embora exista, de fato, certa incorreção nessa classificação, na medida em que o processo cria situações jurídico-processuais ativas tanto para a parte “requerente” como para a parte “requerida”⁶, até os dias atuais a doutrina processual se utiliza de tal nomenclatura para identificar os diferentes interesses defendidos em juízo pelos sujeitos da lide. Às claras, no processo civil a concepção de “lide” se desenvolveu a partir do modelo dualístico da contraposição de interesses do sujeito que possui uma pretensão e o que a ela resiste. Nesse contexto, seguindo-se modelo ortodoxo, a relação processual é percebida como uma estrutura de três pontas, que liga juiz, autor e réu, na qual autor e réu representam, cada um, um polo específico da ação, com interesses contrapostos bem definidos. Adotando-se tal perspectiva da relação, é correto o emprego do termo “polo” para definir os diferentes interesses defendidos em juízo, diante de interesses contrapostos incomunicáveis, absolutamente contrários entre si, os quais representariam, de fato, duas extremidades.

Ocorre que nem sempre os interesses defendidos pelas partes em juízo encontram-se dispostos em tal formato, com simetria previsível das “extremidades”. Por vezes, a relação processual é marcada pela existência de múltiplos interesses sobre o objeto litigioso, notadamente quando se está diante de litígios plurisubjetivos complexos. É justamente a partir da multiplicidade de interesses existentes sobre determinado objeto que se desenvolve a multipolaridade na relação processual.

Feita a apertadíssima resenha acima, a multipolaridade pode ser plasmada em sentido amplo (ainda que sob o aspecto processual) como a existência de múltiplos interesses sobre o objeto tutelado, os quais podem se relacionar ou não, isto é, podem convergir em relação a determinados pontos e divergir em relação a outros, ou sempre divergir. Em síntese, para que exista multipolaridade no processo deverá ser atestada a existência de mais de dois interesses representados em juízo sobre determinada questão litigiosa.

5 Interessantes as ponderações de Daniel Mitidiero de que o processo civil não deve ser centrado na figura da jurisdição, da ação ou da defesa, merecendo ser pensado a partir do próprio “conceito de processo” (*Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais-Thompson Reuters, 2019, p. 43-49). Com os devidos ajustes, a lição se projeta para as idéias do ensaio, dentro dos limites aqui propostos.

6 No sentido, o homenageado Cândido Rangel Dinamarco leciona que: “A única diferença significativa entre ação e defesa consiste em que só aquela inclui, e esta não, o poder e dar início ao processo. [...] A presença desse elemento conduz a ver na ação não somente um poder, mas um feixe de situações jurídicas ativas que legitimam a iniciativa de dar início ao processo com o objetivo de obter tutela jurisdicional e que, uma vez instaurado este, possibilitam a realização de atos tendentes a preparar uma solução favorável. O direito de defesa não inclui o poder inicial dar partida à máquina judiciária, pela óbvia razão de que o réu, quando chega ao processo pela citação, já o encontra instaurado – mas, tanto quanto a ação, ele também se resolve e um feixe de possibilidades de atuar e formular exigências, com análoga finalidade (preparar o julgamento favorável ao réu). [...] Ao longo do procedimento existem para ambas as partes as situações jurídico-processuais ativas inerentes à própria condição de parte [...]. Essas faculdades e esses poderes são exercidos pelo autor e pelo réu mediante atos de variada natureza.” (*Institutos de Direito Processual Civil: volume II*. 7.ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 346- 347).

No ponto, e já fazendo conexão com o inventário *causa mortis*, a herança poderá ser simultaneamente objeto de interesse dos herdeiros, do cônjuge/companheiro meeiro, do legatário e ainda de outros personagens. Vale notar que o extenso rol do art. 617 do CPC - que prevê ampla legitimação para a instauração do inventário sucessório - está atrelado à multipolaridade que lhe é inerente, pois os interesses acerca da abertura da sucessão não são idênticos e afetam pessoas com posições jurídicas bem diversas.⁷

De outra banda, merece gizar que é possível que a multipolaridade no processo decorra de interesses multilaterais nascidos de relações jurídicas materiais complexas, como também da própria dinâmica da relação processual⁸. É que, por ser o processo um fenômeno complexo, formado por um conjunto de atos e situações jurídicas que se desenvolvem de forma dinâmica, existe a possibilidade da formação de diferentes eixos de atuação e zonas de interesses⁹ envolvendo questões processuais desvinculados do eixo do direito material, que ensejam a formação de processos multipolares, mesmo quando o objeto litigioso envolve relações de direito material, *a priori*, simples.

Para ilustrar a primeira hipótese, imagine-se determinado litígio judicial envolvendo deliberações societárias. Por certo, existirão múltiplos interesses defendidos em juízo por decorrência da relação jurídica material tutelada, já que nas sociedades empresariais - como bem apontado por Barbosa Moreira - há uma relação-base em que participam todos os membros do grupo, mas há também interesses derivados que para cada um dos membros nasce em função da sociedade, mas sem com ela confundir-se¹⁰. Raciocínio assemelhado, embora com coloridos próprios, se aplica aos processos envolvendo condomínio, dentre os quais se inclui o inventário, que visa por fim ao condomínio hereditário (vide item 3 adiante). Já para ilustrar a segunda hipótese, pode-se citar, à guisa de exemplo, determinada demanda envolvendo litisconsórcio em que há divergência entre os litisconsortes a respeito de como deve ser praticado determinado ato processual (como a produção de uma prova) ou da atuação de cada um deles em juízo¹¹.

Por fim, é importante destacar que a multipolaridade pode decorrer de situações materiais em que há apenas um centro de conflito, bastando que existam mais de dois

7 Ademais, consoante adiante explicitado no item 4, admite-se que a mesma pessoa possa figurar no inventário sucessório em mais de uma posição jurídica, a partir de interesses diversos. O fato propicia a ocorrência de “confusão processual”, na medida em que a mesma pessoa pode possuir interesses colidentes extraídos de posições jurídicas diferenciadas que ocupa simultaneamente.

8 Sobre o tema, conferir: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.

9 Por todos: CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. In *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; ALVIM, Teresa Arruda; VIGORITI, Vincenzo (coord) *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

11 EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 297, nov./2019, p. 39-77.

interesses representados em juízo sobre determinada questão litigiosa. É o exemplo da oposição (art. 682, CPC¹²), em que, a priori, há apenas um centro de conflito, porém múltiplos interesses sobre o mesmo objeto litigioso. O exemplo mostra que há situações em que existe multipolaridade, mas o conflito está concentrado em determinado ponto, sendo, assim, inviável se falar em policentrismo, tema examinado no item subsequente.

2.2 Policentrismo.

Embora boa parte da doutrina brasileira acabe unindo a “multipolaridade” ao “policentrismo”, percebendo-se em alguns momentos a colocação das situações como se sinônimos fossem¹³, certo é que há peculiaridades que justificam o tratamento apartado.

Consoante já anunciado, a multipolaridade está relacionada à multiplicidade de interesses sobre determinado objeto, enquanto o policentrismo está relacionado aos eixos, no plano fático, de determinado tipo de litígio. A multipolaridade possui intimidade com aspectos subjetivos (ainda que vinculado a objeto específico), enquanto o policentrismo está relacionado ao aspecto objetivo, com pluralidade no sentido. Explica-se.

Os registros indicam que o conceito de policentrismo foi introduzido na ciência jurídica por Lon Fuller¹⁴⁻¹⁵. Para o autor, as situações policêntricas são aquelas que pos-

12 Art. 682. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

13 No sentido: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 582-586; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 8; MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 34. Sérgio Cruz Arenhart apresentou, no sentido, a seguinte observação em recente texto publicado: “Este breve ensaio pretende lidar com uma realidade cada vez mais frequente no direito brasileiro: a dos chamados litígios multipolares. Por essa expressão, deseja-se designar litígios policêntricos, que possuem vários polos diferentes de conflitos convergindo a um só interesse” (*Desafios do litígio multipolar*. In *Coletivização e unidade do direito*. Luis Alberto Reichelt, Marco Félix Jobim (Org.). In *Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019, 473).

14 Para a formação do conceito de policentrismo, o breve ensaio utiliza como referencial teórico o artigo “Forms and Limits of Adjudication”, escrito por Lon Fuller, que se volta ao estudo da tipologia dos litígios. Não se ignora, contudo, que a conceituação original de policentrismo - desenvolvida por Michael Polanyi para a caracterização de determinados fenômenos sociais, foi transportada para as mais diversas áreas do conhecimento humano, sendo trabalhada sob diferentes perspectivas e utilizada como método científico para a análise de variados sistemas sociais complexos (como o sistema jurídico, o mercado financeiro, a democracia, entre outros). É que, conforme bem observam Aligica e Tarko, o policentrismo, como originalmente apresentado, “can be utilized as a conceptual framework for drawing inspiration not only from the market, but also for democracy and any other complex system incorporating the simultaneous functioning of multiple centers of governance and decision making with different interests, perspectives, and values” (ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. *Policentricity: From Polanyi to Ostrom, and beyond*. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 25, No. 2, April 2012, p. 237–262). Inclusive no meio jurídico, e até mesmo no campo processual, o policentrismo tem sido trabalhado sob diferentes perspectivas e com diferentes significados, seja para fins de análise do atual sistema jurídico, seja para o exame da relação processual desenvolvida no estado democrático de direito, ou ainda para o estudo da tipologia dos litígios. Reforça-se, entretanto, que o objeto do presente ensaio é o estudo das características de determinados litígios complexos que demandam tutela jurisdicional, motivo pelo qual se utilizou como eixo o conceito de policentrismo trabalhado por Lon Fuller, aplicável à tipologia dos litígios.

15 Registre-se que o policentrismo é tratado no âmbito do direito processual com outro enfoque. Por exemplo, Dierle José Coelho Nunes usa o termo para se referir a uma nova forma de participação dos sujeitos do processo. Com tal olhar, o referido autor afirma que “o sistema processual não trabalha mais com um único

suem diversos pontos de influência com diferente distribuição de tensões. Para exemplificar, Fuller utiliza a metáfora de uma teia de aranha. Um puxão em um dos fios distribuirá tensões com padrões complexos por toda a teia. Dobrar o puxão original não apenas duplicará as tensões anteriores, mas implicará em uma nova distribuição de tensões, com novos padrões complexos. Trata-se de uma situação policêntrica por haver “muitos centros”, na medida em que cada intersecção de fios é um centro de distribuição de tensões diferente¹⁶.

Dentre os exemplos de problemas policêntricos citados por Fuller, pode-se destacar o caso da senhora rica de nome Timken que faleceu em Nova York, deixando, por testamento, uma valiosa e miscigenada coleção de quadros ao Metropolitan Museum e ao National Gallery, em proporções iguais, sem indicar nenhuma destinação específica. O que torna este problema policêntrico – na visão de Fuller - é o fato de que a disposição de qualquer quadro vai implicar na disposição de qualquer outro quadro. Se ficar com o Renoir, por exemplo, o National Gallery ficará menos propenso a querer o Cezanne, mas mais propenso a querer o Bellows, etc. A possibilidade de soluções para este problema é infinita e, se a distribuição adequada fosse posta para discussão, não haveria nenhuma questão clara para a qual qualquer um dos museus poderia direcionar suas provas e disputas.

Em coerência à ilustração trazida, Fuller ressalta que a multiplicidade de pessoas afetadas não é necessariamente uma característica de litígios policêntricos. No exemplo do testamento da Sra. Timker há uma situação policêntrica com apenas duas partes afetadas. Por outro lado, é possível identificar situações que afetam múltiplas partes e não são policêntricas. Se uma recompensa for oferecida para a captura de determinado criminoso, por exemplo, e seis indivíduos reclamarem o direito à recompensa, a controvérsia entre os seis certamente será um caso complexo e multipolar, porém o problema não apresenta nenhum elemento policêntrico, ao menos segundo o conceito desenvolvido em seu trabalho. Contudo, o autor reconhece que na prática, normalmente, problemas policêntricos envolvem muitas partes afetadas, além de um estado de coisas fluido. Esta última característica decorre do fato de que quanto mais centros interagirem, mais provável será que um deles seja afetado por uma mudança de circunstâncias e, se a situação é policêntrica, esta mudança irá se comunicar por meio de um padrão complexo com os demais centros.

centro, com um único protagonista. Em verdade, far-se-á necessária a percepção do policentrismo processual e na necessária participação de todos sujeitos processuais” (*Processo jurisdicional democrático*. 1ª. Ed. (ano 2008), 4a. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 258).

16 No texto original: “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a “polycentric” situation because it is “many centered” - each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions”. (The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 395

Para William Fletcher, policentrismo é a propriedade de um problema complexo, com vários “centros” subsidiários de problemas, cada qual relacionado com os demais¹⁷. Partindo desta conceituação, Edilson Vitorelli aponta que o policentrismo legal se caracteriza pela “presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito”¹⁸, relacionando, posteriormente, o caráter policêntrico aos litígios de difusão irradiada.

Entende-se, contudo, que o policentrismo não está relacionado necessariamente a litígios de difusão irradiada¹⁹, já que pode estar ligado a conflito envolvendo apenas duas partes, desde que a solução do problema dependa de múltiplas decisões²⁰, cada qual com repercussão nas demais. Veja-se que mesmo problemas envolvendo duas pessoas, como o caso do testamento da Sra. Timken, podem conter características policêntricas. O que caracteriza os litígios policentricos são as múltiplas soluções possíveis e as consequências de determinada decisão sobre os diferentes centros de tensão (centros de interesses) e não as múltiplas partes. No caso do testamento da Sra. Timken, a disposição de cada quadro representará um novo “puxão”, que criará padrões complexos por todos os demais “fios”, ou seja, sobre todos os demais centros subsidiários de tensão, criando repercussões que afetarão a disposição dos demais quadros.

Aplicando o conceito de policentrismo ao processo judicial, Marcela Pereira Ferraro aponta que “uma decisão pode, então, figurar como uma dessas tensões que terá repercussão por toda a rede, afetando os pontos em que os fios (os diferentes interesses imbricados) se encontram”²¹. Ferraro considera que poderia ser cogitado que a noção de policentria, porém, seria inútil ao processo, “seja porque a atividade jurisdicional já lida com casos que possuem aspectos policêntricos, seja porque a criação de normas públicas é quase sempre policêntrica, e isso aconteceria rotineiramente, por exemplo, com a formação dos precedentes”²². Esposando a tese de Fuller, aponta que, a rigor, os casos judiciais

17 No texto original, “the property of a complex problem with a number of subsidiary problem ‘centers’, each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others.” (The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, p. 635-697).

18 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 584.

19 Não é, contudo, o que sustenta, entre outros, Felipe Barreto Marçal, para quem os litígios “policêntricos”, em contraste com os princípios “bipolares” (que afetam autor e réu somente de forma linear), impactam diferentes sujeitos (que não são somente as partes formais do processo), de maneiras diversas (chamados ‘centros’), de modo que todos eles se relacionam de forma fluida, necessitando de uma solução coordenada (entre partes e juiz). (*Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021, p.39-41).

20 Aqui não se fala em decisão judicial propriamente, mas em decisões em sentido amplo. Se estivéssemos diante de um processo judicial estas decisões não precisariam ser tomadas em diferentes atos processuais, mas poderiam estar consubstanciadas em apenas uma decisão judicial. Basta observar o exemplo da distribuição da herança, em que se divide uma massa patrimonial entre os herdeiros. Certamente a disposição de cada bem afetará a destinação dos demais bem, porém a decisão é tomada em apenas um ato processual.

21 FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p 11-12.

22 *Ibid*, p. 12

conteriam elementos policêntricos quase sempre, não sendo uma questão de “preto ou branco” dizer se o problema é ou não policêntrico, de modo que a relevância estaria em saber quando os elementos policêntricos tornam-se tão relevantes e predominantes que a atuação jurisdicional não se mostra adequada a solucioná-los^{23- 24}. Felipe Barreto Marçal, por sua vez, alerta que “sob uma perspectiva contemporânea de participação dos sujeitos processuais, entende-se que todos eles são focos de influência nas decisões proferidas pelo Judiciário, razão pela qual, numa perspectiva endoprocessual, todo processo seria policêntrico”²⁵. Porém, a relevância da conceituação de policentrismo estaria na caracterização do tipo do litígio, o que lhe confere um caráter extraprocessual²⁶.

Diante das dicções acima, afigura-se importante diferenciar o policentrismo endoprocessual, que diz respeito aos poderes e às funções processuais dos sujeitos ao longo do procedimento em relação ao policentrismo decorrente do próprio litígio (= *uma visão além do processo*), tratado por Fuller e Fletcher, que é significativo, na medida em que enseja a utilização de técnicas processuais aptas a satisfazer a tutela jurisdicional que envolve o próprio direito litigioso.

Com olhos no inventário *causa mortis*, é perfeitamente possível que determinada abertura da sucessão atraia apenas o interesse direto de dois personagens, por exemplo, o cônjuge sobrevivente e o único descendente do falecido. Na ilustração poderão surgir litígios variados, sendo que cada qual terá eixo próprio e necessidade de ser resolvido de forma apartada. Basta pensar que na arrecadação não ocorra consenso acerca dos bens particulares de cada membro do casal, alegando o descendente que bens em nome do cônjuge sobrevivente fazem parte da comunhão (art. 1.660, I, CC²⁷), ao passo que o segundo defende que os bens - embora adquiridos depois do casamento - foram custeados com recursos advindo da sub-rogação de bens (art. 1.659, II, CC²⁸). Além de tal controvérsia, seguindo na ilustração, há também requerimento de colação coacta, já que como os atores do inventário são herdeiros necessários se fará indispensável que procedam com a conferência das doações efetuadas em vida pelo autor da herança (arts. 639, CPC²⁹ e 2.002-2.003 do CC/02³⁰). Como se percebe,

23 Ibid

24 É o que defende Fuller, que pretende em seu trabalho justamente apontar os tipos de litígio que extrapolam os limites apropriados da atuação jurisdicional, sendo melhor solucionados por outros meios, como a negociação, a conciliação e a mediação.

25 MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 42.

26 Ibid, p.42-43.

27 Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

28 Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: [...] II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

29 Art. 639. No prazo estabelecido no art. 627, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos ou por petição à qual o termo se reportará os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor.

30 Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. Parágrafo único.

além dos conflitos exemplificados possuem eixos completamente diversos, estes não esgotam o arsenal de zonas de colisão que poderão reclamar resolução no curso do inventário, formando-se assim novos eixos de conflito [por exemplo: restituição de frutos ao espólio (art. 2.020, CC³¹) e acomodação dos bens na partilha (art. 648, CPC³²)]. Há, portanto, policentrismo configurado, sem que ocorra multipolaridade.

Note-se que a situação acima posta é mais aguda do que a proposição inicial de Fuller ao se valer da metáfora de uma teia de aranha, pois o inventário é palco que permite o aparecimento de numerosos (e variados) conflitos qualificados (e que envolvem direito material), tendo cada qual um eixo próprio e que naturalmente repercutem no processo num todo (ou ao menos em partes relevantes).

De outra banda, partindo da base do mesmo exemplo já utilizado, determinada sucessão contempla a presença de mais um protagonista, qual seja, legatário contemplado por disposição testamentária de bem determinado que está arrolado no acervo hereditário. Em tal hipótese, não há qualquer dissenso entre partes acerca de nenhum assunto que envolva a arrecadação de bens ou posicionamento jurídico dos interessados, fixando-se a controvérsia exclusivamente em relação ao pagamento das dívidas do espólio, pois há discordância no sentido não só entre o cônjuge sobrevivente e o descendente do falecido, mas também envolvendo o legatário (art. 645, II, CPC³³), na medida em que há risco de que o reconhecimento das dívidas cause comprometimento no pagamento do legado. Na ilustração não se pode cogitar em policentrismo (ao menos na acepção deste fixada em mais de um eixo de conflito), mas a hipótese carrega traços da multipolaridade, pois admite sobre o tema posições diferenciadas quanto ao pagamento e preservação do legado.³⁴

Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível. Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados. Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade.

- 31 Art. 2.020. Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão; têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa.
- 32 Art. 648. Na partilha, serão observadas as seguintes regras: I - a máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; II - a prevenção de litígios futuros; III - a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso.
- 33 Art. 645. O legatário é parte legítima para manifestar-se sobre as dívidas do espólio: (...) II - quando o reconhecimento das dívidas importar redução dos legados.
- 34 Vale notar que o sistema de pagamento do inventário é complexo e permite o uso de bens para que assim ocorra, situação que pode gerar a controvérsia não apenas no pagamento em si (reconhecimento da dívida), mas de como este será desenhado. O tema está tratado com vagar por Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*: volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

2.3 Breve esquadro entre multipolaridade e policentrismo.

A exposição realizada nos itens anteriores permite que se efetue depuração entre a multipolaridade e o policentrismo. De toda sorte, à guisa de breve conclusão na abordagem, é possível traçar uma linha separatória entre os conceitos de policentrismo e multipolaridade. A diferença básica ente os dois reside no fato de que o policentrismo é uma característica de determinados tipos de situações litigiosas, as quais possuem centros variados de tensão que se encontram interligados³⁵, como numa teia de aranha, enquanto a multipolaridade está atrelada à existência de múltiplos interesses sobre um mesmo objeto.³⁶

Portanto, nem todo litígio policêntrico será multipolar, assim como nem todo conflito multipolar terá características policêntricas³⁷. De toda sorte, ainda que com identidade própria, é extremamente comum a presença conjunta, situação que propicia que ocorra tratamento concentrado, utilizando-se dos termos como sinônimos fossem. Tal confusão de figuras possivelmente está relacionado ao estudo sobre o qual esta se debruça mais comumente: os processos estruturantes que tratam do controle de políticas públicas³⁸. De fato, no caso dos processos estruturantes relacionados a políticas públicas os conceitos andam unidos, na medida em que o litígio policêntrico provavelmente será multipolar e vice-versa. Contudo, tal concepção tradicional do tema vem se alterando, passando a se enxergar a carga estruturante de processos de caráter privado³⁹. Com tal visão, ao transportar os conceitos para as relações privadas objeto

35 Os centros possuem ligação lógica, mas muitas vezes possuem autonomia (ainda que relativa).

36 Com linhas que se aproximam à conclusão posta acima, Marco Felix Jobim cravou que que: “Uma das principais características é ser o litígio policêntrico, ou seja, não há um centro apenas de tensão, mas múltiplos núcleos. Não adianta resolver somente uma parte do problema sem se preocupar com os demais. É como a metáfora de Lon L. Fuller sobre a teia de uma aranha. Há múltiplos pontos que são tensionados ao mesmo tempo, característico de um litígio ou problema estrutural, sendo que, ao se tocar num dos pontos se está, ao mesmo tempo, comprometendo os demais. (...) Ligo mais nesse momento de pesquisa o policentrismo ao litígio e a multipolaridade ao processo” (*Processos estruturais, inteligência artificial e fase decisória*: (in)compatibilidade? In *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Henrique Alves Pinto, Jeferson Carús Guedes e Joaquim Portes de Cerqueira César (coord). Belo Horizonte, São Paulo, D’Placido: 2020. p. 320).

37 Quando se faz o isolamento das situações há uma conclusão interessante. Com efeito, quando o ponto marcante do conflito está no policentrismo há grande possibilidade de presença de interesses multifacetados, situação característica da multipolaridade. No entanto, em influxo inverso, quando o objeto da aferição está na verificação de interesses não binários, ou seja, situação que possa ser encaixada como conflito com multipolaridade, parece ocorrer menor atração em relação ao policentrismo. Em outros termos, os litígios policêntricos por excelência parecem possuir mais vocação para acoplar interesses multifacetados, fato que não ocorre na mesma proporção quando o ponto em análise é o litígio multipolar, pois não é incomum que este tenha apenas um eixo conflituoso.

38 No tema: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In *Processos estruturais*, Marco Félix Jobim e Sérgio Cruz Arenhart (org.). Salvador Juspodivm, 2017, p. 423-426.

39 No sentido: MARÇAL. Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021. Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira – corretamente – defendem que há processos estruturais no âmbito privado, valendo citar: “As ações concursais – como, em exemplo, a falência e a recuperação judicial – também se baseiam em problema estruturais. Elas partem de uma situação de desorganização, em que há o rompimento da normalidade e do estado ideal das coisas, e exigem uma intervenção re(estruturante), que

de tutela jurisdicional, a diferenciação entre policentrismo e multipolaridade se torna fundamental⁴⁰. Isso porque determinadas técnicas de solução de conflitos adequadas aos litígios policêntricos não necessariamente serão as mais adequadas para tratar de litígios multipolares e nem sempre as técnicas aplicáveis a litígios multipolares serão adequadas para o tratamento de litígios policêntricos. Veja-se, por exemplo, que os litígios policêntricos, segundo Fuller, possuem boa superfície para serem solucionados através de negociação, mediação e conciliação, mas tais técnicas nem sempre serão adequadas para tratamento global de litígios multipolares.⁴¹

Em arremate, é interessante notar que quando se conjuga o policentrismo com a multipolaridade cria-se ambiência natural para movimentações das partes no processo, situação extremamente interessante de ser observada. Assim, sobre determinados assuntos controversos pode se formar blocos com posicionamentos de modo diverso do que ocorre em relação a outro eixo de debate, alterando-se o encaixe e companhia das partes no polo primitivo. Ilustrando, em determinado inventário com a presença de companheiro sobrevivente e vários herdeiros pode ocorrer que sobre determinado ponto (por exemplo, reconhecimento da união estável) parte dos coerdeiros esteja acorde com o companheiro sobrevivente, aglutinando-se ao lado deste. No entanto, tal fato não consolida uma posição para outros conflitos no mesmo processo, pois em relação a outro tema a ser decidido (por exemplo, limites da meação) os mesmos coerdeiros (ou parte deles) poderão se movimentar em direção ao grupo dissente do primeiro conflito ou até mesmo para polo novo (“extremidade”), apresentando dicção singular. O assunto extrapola os limites do ensaio, mas a simples exposição indica que quando ocorrer presença conjugada de policentrismo e a multipolaridade os deslocamentos das partes poderão se tornar necessários e mais ainda, serão facilmente vislumbrados.⁴²

organize as contas da empresa em recuperação ou organize os pagamentos devidos pela massa falida. Essa desorganização pode advir do cometimento de ato ilícito, como no caso da falência, ou não necessariamente, como no caso da recuperação judicial” (Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 303/2020, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2020, p. 50). Percebase, com tal concepção, a aproximação do inventário sucessório aos processos estruturais, não apenas pela sua natureza concursal, mas pela função daquele em pôr fim ao presumido condomínio hereditário, já que a transmissão efetiva da herança não se opera com a *saisine*, mas pelo possível resultado positivo do inventário *causa mortis*. Com breve abordagem no sentido, confira-se os itens 3 e 4 adiante.

- 40 O quadro apresentado ratifica a necessidade de identificação de pontos que justifiquem a edificação (ou não) de teoria básica a ser aplicada aos processos estruturais. No sentido, confira-se: JOBIM, Marco Félix. *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais*: base de uma possível construção. In *Processos estruturais*, Marco Félix Jobim e Sérgio Cruz Arenhart (org.). Salvador Juspodivm, 2017, p. 449-466 e DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. *Revista de processo*, v. 303/2020, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2020, p. 41-85.
- 41 A situação é intuitiva diante da fragmentação de interesses que marca a multipolaridade. Daí a importância de compreender que cada conflito a partir de seu perfil geral e das suas peculiaridades deve receber tratamento específico. No tema: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Barbara Seccato Ruis. *Métodos ou tratamentos adequados de conflitos*. In: *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camilla Gomes Norato Rezende, Helena Lanna. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2017, v. 1, p. 113-128.
- 42 Sobre mobilidade na adoção de posições no curso do processo, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa* (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º

3. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A SUCESSÃO E O INVENTÁRIO CAUSA MORTIS.

Na fixação das premissas sobre os contornos da multipolaridade e do policentrismo já foi feito breve diálogo da temática com o inventário sucessório. De toda sorte, para visão mais amplificada da relação dos assuntos é de bom tom que sejam apresentadas também as bases que envolvem a sucessão e o inventário *causa mortis*, a fim de que se opere melhor conexão com as bússolas antes fixadas.⁴³

Antes de tudo, deve se pontuar que para escorar o direito de herança (art. 5º, XXX da CF⁴⁴), a legislação brasileira adota a sistemática da *saisine* (art. 1.784, CC⁴⁵), transferindo-se tão logo aberta a sucessão todo o acervo patrimonial do falecido para os herdeiros. Forma-se, em tal momento, automaticamente (e sem qualquer tipo de formalidade) condomínio específico (art. 1.791, CC/02⁴⁶) e que terá os seus condôminos posicionados, cada qual com *quinhões ainda instáveis*, após a aceitação (ou renúncia) da herança (art. 1.804, do CC⁴⁷).⁴⁸

Deve ser dito que a simbiose dos arts. 1.784 e 1.791 do CC não confere ao herdeiro a “propriedade de bens da herança” em sentido estrito, mas tão somente a titularidade de quota de determinado condomínio patrimonial que deverá ser extinto por liquidação, liquidação esta que ocorre através de inventário *sucessório*. Com outras palavras, até que ocorra o desfecho do inventário, o herdeiro é titular de um “quinhão patrimonial” vinculado a determinado condomínio de bens que ainda será lapidado, pois sua superfície patrimonial efetiva somente será dimensionada após os pagamentos das dívidas do espólio⁴⁹.

O “quinhão” do herdeiro sofre, assim, processo de refinação que pode revelar que a sua titularidade foi fugaz, na medida em que é possível que todos os bens que com-

da LIA). *Revista Forense*, v. 400, p. 227-254, 2008. Confira-se, ainda (mais amplo): CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. In *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

43 Com abordagem revisitada de todo inventário sucessório (e fixando várias premissas utilizadas no presente ensaio): MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume XXII (arts. 610 a 673). Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo. A referida coleção tem a presença do homenageado em seu volume de abertura, comentando os arts. 1º-69.

44 Art. 5º (...) XXX - é garantido o direito de herança;

45 Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

46 Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

47 Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

48 Várias das ponderações aqui efetuadas estão postas em texto mais amplos, a saber: MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume XXII (arts. 610 a 673). Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo.

49 Na doutrina, confira-se (entre vários): PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*: na sucessão legítima e testamentária. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 493 e MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 538.

punham o condomínio sejam consumidos pelas dívidas do espólio⁵⁰. Assim, o herdeiro trabalha com a perspectiva de *direito expectativo* (art. 130, CC⁵¹), fixado em resultado futuro e incerto (= *desfecho do inventário*), pois sua titularidade terá que passar obrigatoriamente por liquidação determinada em lei, capaz de mudar completamente o quadro que se plasmou quando da abertura da sucessão⁵². Não é ocasional, assim, que o imposto *causa mortis* terá como base de cálculo a ‘*herança líquida*’, sendo absolutamente inviável se falar em incidência fiscal sobre o valor dos bens que formam o acervo hereditário por força da *saisine*, ou seja, sem o decote das dívidas do espólio.⁵³

Merece registro que a legislação nacional trabalha com a presumida projeção de que o inventário sucessório terá desfecho positivo, consoante pode se extrair até mesmo da nomenclatura utilizada no CPC e no CC acerca da temática, fazendo-se dueto do “inventário” com a “partilha”⁵⁴. São raros os dispositivos em que se cogita resultado outro do inventário que não a “partilha”⁵⁵, situação que indica não apenas que o procedimento foi feito projetando-se desfecho positivo, como também que este terá a presença de mais de uma parte, ou seja, mais de um interessado na sucessão, pois somente se divide algo (= *partilhar*) quando há mais de uma pessoa receptora.

Há, como se vê, espaço fértil para que a multipolaridade se instale, situação que fica mais evidenciada quando se nota que o inventário sucessório reúne pessoas com

50 Hamilton de Moraes Barros faz menção ao adágio “onde há dívidas, não há herança”. Por isso, na correta dicção do autor, “os herdeiros somente irão partilhar as sobras, ou seja, a diferença entre o conjunto de bens e o montante das dívidas, já que um patrimônio líquido é uma raridade” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 293). Igualmente e também invocando o mesmo adágio: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 336 e 358.

51 Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

52 A compreensão do gabarito do art. 130 é importante, pois permite compreender a dimensão da titularidade e da posição jurídica do herdeiro no curso do inventário sucessório. Sobre o tema, Rodrigo Mazzei afirma: “O artigo 130 trata do chamado *direito eventual* (ou, numa expressão mais feliz, *direito expectativo*) que se caracteriza pela existência de um direito que aguarda a ocorrência de um *evento futuro* para sua estabilização. O artigo 130 do CC/02 refere-se ao titular de direito que está sob condição, mas também – por desdobramento lógico – compreende o direito que depende de termo (ainda que *incerto*, ou seja, sem data previamente fixada), garantindo ao titular em ambos os casos os *atos de conservação*” (Noção geral do Direito de Sucessões no Código Civil: introdução do tema por 10 (dez) ‘verbetes’. *Revista Jurídica*. Porto Alegre. 1953, v. 438, p. 12-13, 2014).

53 A respeito, conferir: MAZZEI, Rodrigo; FREIRE, Deborah Azevedo. A Instauração do Inventário Causa Mortis: Breves (mas Não Óbvias) Anotações a Partir do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no Período da Pandemia do Coronavírus (Covid-19). In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. v. 35 (mar./abr. 2020). Porto Alegre: LexMagister, 2020. Periódico., p.12-27

54 A denominação “Do Inventário e da Partilha” foi usada para demarcar a *Seção* do CPC que contém os artigos que tratam do inventário sucessório (arts. 610-673), procedimento este também adotado no CC no *Título* que trata do assunto (arts. 1.991-2.007). Há dispositivos em tais trechos que sequer cogitam a possibilidade de desfecho outro que não a “partilha”, como - por exemplo - o art. 626 do CPC e o art. 1.991 do CC.

55 São raros os dispositivos que se cogita, em resultado outro do inventário que não o positivo. No ponto, a parte final do art. 1.796 do CC em conexão com o art. 618, VIII, do CPC indica que se o falecido deixar mais dívidas do que patrimônio há estado de insolvência (art. 955, CC) que deverá ser declarado.

interesses distintos sobre o patrimônio deixado pelo falecido. Isso porque não se pode esquecer que apesar da legislação apenas reconhecer os herdeiros como os condôminos do “condomínio hereditário” (arts. 1.784 e 1.791, CC) é inegável que a *saisine* faz com que outros personagens sejam atraídos para sucessão e, ainda que com títulos diversos, tenham que ser chamados para participar do inventário sucessório. No sentido, é intuitiva a lembrança do cônjuge/companheiro sobrevivente, pois este, de acordo com o regime de bens (arts. 1.829, I, CC⁵⁶⁻⁵⁷), poderá ser atraído para sucessão como “meeiro”, já que o patrimônio que construiu em vida com o falecido não se confunde com a herança. Perceba-se, no ponto, que determinados bens quando alcançados pela comunhão em vida (= meação) estarão postados na herança em duplo quadro, pois a parte privativa do falecido foi alcançada pela *saisine*, mas a parte que pertence ao cônjuge/companheiro sobrevivente (embora não faça parte da herança) é arrastada para o inventário sucessório, reclamando medida de descolamento em relação ao patrimônio do *de cuius*. O direito ao descolamento da meação não é o único interesse que envolve o cônjuge/companheiro não herdeiro, pois este, mesmo que não tenha bens em comunhão a ser apartados, poderá ter a seu favor o direito de habitação previsto no art. 1.831 do CC⁵⁸. Trata-se de direito que não depende do reconhecimento do cônjuge/companheiro sobrevivente como herdeiro e possui superfície de incidência independentemente do regime de bens que vigorava o casamento ou a união estável. Em outra ilustração, no caso de sucessão testamentária o inventário *causa mortis* poderá trazer a figura do legatário, ator este que não se confunde com o herdeiro, não fazendo parte do “condomínio hereditário”, mas que contém interesse em que a liquidação da herança seja feita de forma sadia, de modo a permitir que a disposição testamentária sobre o legado seja cumprida. Note-se que o art. 1.923 do CC⁵⁹ prevê que o legatário, embora sem “domínio da herança” e desprovido de posse direta do bem a ele destinado, passa a ter uma expectativa do cumprimento do legado não apenas para recebê-lo, mas também para receptionar na sua esfera jurídica todos os frutos respectivos, desde a abertura da sucessão.

56 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

57 O dispositivo deve ser aplicado indistintamente ao cônjuge sobrevivente e ao companheiro sobrevivente, por força do decidido no RE nº 666.721 e no RE nº 878.694.

58 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

59 Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. § 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

Com o cenário acima apresentado, a participação do cônjuge/companheiro sobrevivente na disputa do patrimônio do falecido com outras pessoas poderá encartar situação de multipolaridade, bastando que o debate não fique firmado apenas no âmbito de duas extremidades. Seguindo exemplo já utilizado, basta lembrar da hipótese em que o cônjuge/companheiro sobrevivente alega que determinado bem, nada obstante titulado formalmente em nome apenas do falecido (art.1.660, I, CC), esteja alcançado pela comunhão patrimonial em vida (meação). Tal alegação é confrontada por alguns herdeiros que afirmam que o bem era de titularidade patrimonial exclusiva do falecido, fato que atrai a totalidade do bem para o bojo do inventário sucessório. A pretensão do cônjuge/companheiro sobrevivente também não é aceita pelo legatário, mas este se vale de interesse distinto dos herdeiros, pois, por ilustração, o afirmado bem em comunhão é justamente aquele que foi objeto do legado (art. 1.914, primeira parte, do CC⁶⁰). Ademais, é possível que a meação sustentada pelo sobrevivente diminua as forças da herança, fato capaz de impedir o cumprimento da disposição testamentária que favorece ao legatário, inclusive no que tange ao recebimento dos frutos na forma do art. 1.923 do CC. Na exemplificação, o eixo da discussão é o mesmo (alcance da meação), mas os interesses se contrapõem a partir de feixes diversos de interesses, situação que possui afinidade com a multipolaridade.

Perceba-se, ainda, a partir dos interesses do cônjuge/companheiro sobrevivente que este pode sustentar a existência do favor ao direito de habitação (art. 1.831, CC) em relação à moradia residencial de determinado bem, criando-se outro eixo, totalmente diverso, passível de gerar conflito com os demais personagens do inventário sucessório, pois novamente seus interesses poderão se conflitar. O fato aqui tratado demonstra o policentrismo, pois o litígio se posta em outro centro de interesses, muito embora possa atrair os mesmos personagens. Note-se, no sentido, que as movimentações e posicionamentos que os atores irão adotar são totalmente independentes em relação ao outro conflito (efeitos da meação), permitindo-se mobilidade e encaixes diversos dos ocorridos em relação ao outro litígio.

O rápido panorama traçado deixa claro que o inventário sucessório possui superfície que poderá atrair a participação de pessoas com posicionamentos jurídicos distintos. A narrativa demonstra que a *multipolaridade* do inventário é qualificada, pois não se trata apenas de participação de mais de uma pessoa no processo, mas de presença de atores variados acomodados em bandejas jurídicas diversas. Aliás, olhar mais atento permite observar que a mesma pessoa pode ser convocada para atuar no inventário *causa mortis* em mais de uma posição jurídica, como é o caso do cônjuge/companheiro sobrevivente que se posta como meeiro dos bens em comunhão e, simultaneamente, herdeiro legal por concorrência dos bens particulares, situação natural no caso de relação sob o regime da comunhão parcial (art. 1.829, I, CC). A pluralidade de centros de

60 Art. 1.914. Se tão-somente em parte a coisa legada pertencer ao testador, ou, no caso do artigo antecedente, ao herdeiro ou ao legatário, só quanto a essa parte valerá o legado.

interesses, via de talante, abre espaço para conflitos sequenciados, cada qual com seu eixo próprio, situação que faz com que as noções de policentrismo sejam importadas.

Dessa forma, a multipolaridade do inventário *causa mortis* não está ligada ao número de participantes, mas de formação de polos variados a partir da concepção de que a sucessão admite (e atrai) pessoas com diferentes posições jurídicas, fazendo com que a participação destas também se efetue dentro das suas células de interesse. Portanto, é possível afirmar desde já que a multipolaridade está, assim, fixada a partir da participação de personagens com feixe de interesses diferenciados, sendo inviável se pensar em presença *binária* de polos como ocorre em regra no procedimento padrão.

4. AS POSIÇÕES JURÍDICAS ASSUMIDAS NO INVENTÁRIO SUCESSÓRIO.

Antes de se avançar nas análises sobre as posições jurídicas, é interessante observar a redação do art. 238 do CPC⁶¹ aplicada ao inventário *causa mortis*, pois ao contrário do dispositivo antecessor da codificação revogada⁶², a regra atual abre a dimensão da participação das partes do processo. Não se limita a citação como convocação de pessoa para compor o polo passivo, pois a parte final do art. 238 é clara ao prever que tal ato de chamamento pode ter a finalidade de trazer “interessado para integrar a relação processual”. Adaptando-se tal regra ao art. 626, *caput*, do CPC⁶³, a citação é a convocação para que o cônjuge/companheiro, os herdeiros e os legatários venham a integrar a relação jurídica atrelada ao inventário sucessório.

Perceba-se, em detalhe, que diante da possibilidade de que a mesma pessoa possa se encaixar em mais de uma posição jurídica, a resposta à citação deve se efetuar da forma mais colaborativa possível (arts. 5º e 6º do CPC⁶⁴), de modo que cada um dos citados deverá responder o chamado explicitando e demarcando seus interesses a partir de sua(s) posição(ões) jurídica(s).

De plano, há de ser feito um corte fundamental na identificação dos interessados, fixando-se dois grupos base: (a) o primeiro formado pelos condôminos da herança (herdeiros legais e/ou testamentários em concreto) e (b) o segundo composto por aqueles que dependem do desfecho do inventário (quicá, com divisão positiva do condomínio) para o exercício em plenitude de direitos atraídos ou vinculados à herança

61 Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

62 Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

63 Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e da partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamentário, se houver testamento.

64 No tema, confira-se: DINAMARCO. Candido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: volume XXII (arts. 1º a 69. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, 2018, p. 94-105.

[por exemplo, (a) cônjuge/companheiro que não é herdeiro, mas com direito a meação que deve apartada; (b) legatário estranho ao rol de herdeiros].

Note-se, por deveras relevante, que dentro do grupo dos herdeiros ocorrerá subdivisões, ensejando novos condomínios específicos. No sentido, os herdeiros necessários formarão grupo que não se coadunará com o dos herdeiros⁶⁵ testamentários, pois somente os primeiros têm a seu favor as blindagens dos arts. 1.845-1.846 do CC⁶⁶-. Em outro exemplo, no caso de sucessão com descendentes e cônjuge/companheiro sobrevivente sob o regime da comunhão parcial (art. 1.829, I, CC/02), se o autor da herança deixar bens particulares e patrimônio comum com o sobrevivente, mister se fará a constituição de blocos patrimoniais distintos. Isso porque, em relação aos bens particulares o cônjuge/companheiro será tratado como herdeiro, mas no que se refere aos bens comuns este não assumirá tal posição – tendo direito exclusivo sobre a meação⁶⁷.

Os cortes acima efetuados demonstram, mais uma vez, não só a importância de identificação exata da posição jurídica de cada ator da herança, mas de uma dimensão complexa de multipolaridade e de ambiência para que ocorram vários eixos de conflitos (característica do policentrismo), pois a mesma pessoa pode se acomodar em esquadros jurídicos diversos, cada qual com panoramas e interesses distintos.

Para que o raciocínio fique claro, basta pensar – em ilustração – que o cônjuge sobrevivente, cujo casamento vigia o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.829, I), pode figurar, de forma concomitante, como: (a) herdeiro legal (concorrendo com descendente do falecido no bloco dos bens particulares); (b) herdeiro testamentário (recebendo quinhão da parte disponível, não alcançado pela sucessão legal/legítima); (c) legatário (por destinação testamentária de bem certo a seu favor); (d) meeiro (em razão de ser cotitular de bens comuns com o falecido, cuja contraparte é objeto de herança e será partilhado pelos descendentes)⁶⁸.

65 Note-se ainda no plano de análise do policentrismo que o (eventual) debate (=conflito) sobre a 'obrigação' de colacionar se cingirá especificamente aos herdeiros necessários (arts. 639-641 do CPC e arts. 2.002-2.007 do C), criando-se eixo especial aos atores que detém a referida posição jurídica.

66 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

67 O quadro mostra como é incauto se pensar que a herança sempre será formada apenas por um condomínio hereditário, interpretação esta que se extrai de leitura não atenta do art. 1.791 do CC. A sucessão no modelo atual permite que se crie mais de uma ambiência condominial, situação que projeta naturalmente o policentrismo para o inventário sucessório.

68 As posições jurídicas devem ficar, pois, bem definidas, porquanto mesmo no exemplo acima o cônjuge/companheiro remanescente pode ter outro tipo de legitimação sucessória que não as cogitadas no corpo do trabalho. Basta imaginar que o cônjuge/companheiro sobrevivente é credor do falecido (art. 642), tendo lhe emprestado verba pecuniária por mútuo quando o autor da herança ainda estava vivo. No ponto, se o cônjuge sobrevivente ostentar concomitantemente a posição de herdeiro e de devedor, poderá se atrair a aplicação do art. 2.001, do CC/02 (Se o herdeiro for devedor ao espólio, sua dívida será partilhada igualmente entre todos, salvo se a maioria consentir que o débito seja imputado inteiramente no quinhão do devedor).

A correta identificação do título atrelado ao interessado (aqui o cônjuge/companheiro sobrevivente) é fundamental, pois no exemplo acima, somente será considerado como condômino da herança quando ostentar o título de herdeiro, não podendo assim ser tratado quando sua titulação for de legatário ou de meeiro (ainda que a meação própria unida com a meação projetada para o condomínio da herança forme outro condomínio, que não o especificamente hereditário).

Com olhos em eventual renúncia, a correta identificação, com a necessária vinculação à posição jurídica do interessado, permitirá que o ato tenha limitações, de acordo com as fronteiras de cada título. Assim, nos termos do art. 1.808, § 1º, *o herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los. Igualmente, seguindo o disposto no parágrafo seguinte do mesmo dispositivo, o herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.*

5. FECHAMENTO.

Sem se distanciar dos limites do presente texto, em que desde o início se fixou a dimensão de *ensaio*, algumas conclusões podem ser tiradas, muito embora algumas já estejam cravadas em pontos específicos do breve estudo.

Inicialmente, fica evidenciado que as dimensões de multipolaridade e de policentrismo aplicados ao direito processual possuem pontos de toque, mas não se confundem. A mecânica vinculada às situações indica que há particularidades que justificam a depuração, pois é perfeitamente possível que se vislumbre cenário multipolar que não se encaixe como policêntrico, assim como em fluxo inverso.

A previsão no art. 682 do CPC (oposição) detalha situação que possui um único centro de conflito, porém múltiplos interesses sobre um mesmo objeto litigioso, já que tanto o ator, quanto o réu e o opositor se intitulam como titulares da mesma coisa ou o direito controvertido. De outra banda, é possível que no mesmo processo ocorram mais de um debate, cada qual com seu eixo próprio (inclusive de direito material), mas que as partes estejam encaixadas em duas extremidades, pois os interesses ficam limitados à concepção binária. Há pluralidade de decisões a partir de diferentes centros de tensão (centros de interesses) e não dos interesses de múltiplas partes.

Há aumento do calibre de complexidade quando no cenário há mescla da multipolaridade com o policentrismo, já que passa a se notar dentre do mesmo processo personagens com interesses diversos (que não se postam em apenas dois polos) em pontos de colisão que demandam eixos decisórios próprios. O fenômeno permite observar movimentações dinâmicas e posicionamentos móveis que não são observados corriqueiramente no procedimento padrão.

O tema merece ser estudado de forma mais verticalizada, pois conceitos clássicos necessitarão receber novos arranjos, na medida em que os gabaritos até então seguidos podem se mostrar falíveis. Em exemplo, para o desfecho do ensaio, o conceito de litisconsórcio sofre mutações a partir da dimensão dos movimentos que podem ser provocados pela situação de multipolaridade e policentrismo. Com efeito, a concepção de litisconsórcio como o fenômeno em que duas ou mais pessoas se encontram no mesmo polo da relação jurídica processual, com a ideia de *consórcio*, isto é, com a premissa de que ambas são adversárias da parte contrária⁶⁹, necessita ser aberto, pois não há no caso a visão binária que é rejeitada pela multipolaridade. Mais ainda, em razão dos eixos diversos, o policentrismo permite enxergar que a análise de litisconsórcio não se dá em razão do processo em visão horizontal, mas de cada um dos conflitos, ou seja, de forma segmentada a cada um dos eixos litigiosos que merecem decisões próprias e particulares⁷⁰.

O inventário sucessório é, pois, um palco de teste e de análises das possibilidades, desdobramentos e conseqüências da multipolaridade e do policentrismo. Como ensaio, apresenta-se a ideia para a reflexão, esperando que tenha se apresentado alguma forma de contribuição a tão invulgar temática.

6. REFERÊNCIAS.

ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Policentricity: From Polanyi to Ostrom, and beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 25, No. 2, April 2012, p. 237–262.

69 Jaime Guasp e Pedro Aragoneses, refletindo uma posição quase que global, afirmam que litisconsórcio “es aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen en sólo situados en un mismo plano, sino, además, unidos en su actuación procesal, según que la unión plural afecte a los demandantes, a los demandados o a ambos, el litisconsorcio se llama activo, passivo o mixto” (*Derecho Procesal Civil*. Tomo Primeiro. 7. Edición, revisada y puesta al día. Espanha: Editorial Aranzadi, 2005, p. 247)

70 O ora defendido aproxima-se da ideia da segmentação do litisconsórcio por ato trabalhada por Ravi Peixoto, a partir da noção da legitimidade ad actum, para a qual chamou atenção Dinamarco na relevante e ainda atual obra “Litisconsórcio”, em que apontou: “Em direito processual, a exigência da legitimatio não se refere exclusivamente à propositura de demandas em juízo, mas constitui acima disso uma regra de larga abrangência e direcionada a todos os atos a serem realizados no processo. Tal é a legitimidade ad actum, que merece tanta atenção quanto a legitimidade ad causam, profundamente examinada na doutrina da ação” (*Litisconsórcio*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 127). Com vistas apenas no tratamento processual dos litisconsortes, Ravi Peixoto propõe uma revisão do conceito de litisconsórcio, para que os diferentes regimes dos litisconsortes (comum e unitário) possam se adequar à dinâmica da relação processual. Trabalha, então, com a ideia de litisconsórcio ad actum, a partir da ótica da aferição da legitimidade por ato, baseada tanto no direito processual quanto no substancial. Em suas palavras: “O litisconsórcio deixa de estar conceituado tão apenas a partir do direito material, mas para significar ‘uma pluralidade de sujeitos em um mesmo polo de uma relação jurídica processual’, de forma a esta mais condizente com a própria dinâmica do direito processual”. (*O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio ad processum ao litisconsórcio ad actum*. In: TALAMINI, Eduardo [et. al.] (coord.). *Grandes Temas do Novo CPC - Partes e terreiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 235-258). Parte-se, contudo, no presente ensaio, de perspectiva mais ampla, contextualizada por uma situação de multipolaridade e policentrismo que excede a visão do regime do litisconsórcio. Confira-se também: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v.36, nº 200, São Paulo: RT, outubro de 2011, p. 13-70.

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In Processos estruturais, Marco Félix Jobim e Sérgio Cruz Arenhart (org.). Salvador Juspodivm, 2017.
- _____. *Desafios do litígio multipolar*. In Coletivização e unidade do direito. Luis Alberto Reichelt e Marco Félix Jobim (Org.). Londrina: Thoth, 2019.
- BARROS, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX* (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 293.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda*. In: Reconstruindo a Teoria Geral do Processo. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 303/2020, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2020, p. 45-81.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Instituições de direito processual civil: volume II*. 1.ed. rev. e atual., ed. Malheiros. São Paulo, 2017.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume XXII* (arts. 1º a 69. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, 2018.
- EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 297, nov./2019, p. 39-77.
- FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015.
- FLETCHER, William, The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, vol. 91, n. 4, p. 635-697.
- FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.
- JOBIM, Marco Félix. *Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: base de uma possível construção*. In Processos estruturais, Marco Félix Jobim e Sérgio Cruz Arenhart (org.). Salvador Juspodivm, 2017, p. 449-466.
- _____. *Processos estruturais, inteligência artificial e fase decisória: (in)compatibilidade?* In: Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões. Henrique Alves Pinto, Jeferson Carús Guedes e Joaquim Portes de Cerqueira Cesár (coord). Belo Horizonte, São Paulo, D’Plácido: 2020, p. 311-328.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 336 e 358.

- MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). *Revista Forense* v. 400, p. 227-254, 2008.
- _____. Noção geral do Direito de Sucessões no Código Civil: introdução do tema por 10 (dez) ‘verbetes’. *Revista Jurídica*. Porto Alegre. 1953, v. 438, p. 12-13, 2014.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil: volume XXII* (arts. 610 a 673). Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS. *Métodos ou tratamentos adequados de conflitos*. In: Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende, Helena Lanna. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2017, v. 1, p. 113-128.
- MAZZEI, Rodrigo; FREIRE, Deborah Azevedo. A Instauração do Inventário Causa Mortis: Breves (mas Não Óbvias) Anotações a Partir do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no Período da Pandemia do Coronavírus (Covid-19). In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. v. 35 (mar./abr. 2020). Porto Alegre: LexMagister, 2020. Periódico., p.12-27.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais-Thomson Reuters, 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; ALVIM, Teresa Arruda; VIGORITI, Vincenzo (coord.). *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª. Ed. (ano 2008), 4a. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- PEIXOTO, Ravi. *O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio ad processum ao litisconsórcio ad actum*. In: TALAMINI, Eduardo [et. al.] (coord.). *Grandes Temas do Novo CPC - Partes e terceiros no processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 235-258
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 36, nº 200, São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro de 2011, p.13-70.
- TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção e terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

**(Des)incentivos econômicos e a
judicialização de demandas no
contexto brasileiro: reflexões
para reformas legislativas**

eCONOMIC MOTIVATIONS AND LAWSUITS IN BRAZIL: SOME
DISCUSSIONS REGARDING NEW IDEAS FOR BILLS

Ananda Elisa Barbosa do Nascimento Rossi

Academic (Ibmec São Paulo, SP, Brasil)

Bianca Mendes Pereira Richter

PhD and Master in Civil Procedural Law from University of São Paulo.
Professor at Ibmec and Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil.

Matheus Perez Matsuno

Academic (Ibmec São Paulo, SP, Brasil)

Nathan Schneider Caporossi

Academic (Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil)

RESUMO: Pretende-se propor alterações legislativas passíveis de alterar o cenário atual de congestionamento do Poder Judiciário. A discussão guarda pertinência com (i) a ampliação do acesso à justiça; (ii) estímulos socioeconômicos para utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos autocompositivos, através do estudo sobre análise econômica no processo civil; (iii) a ordem de apreciação dos processos no Judiciário; e (iv) a litigância em massa pelos ditos litigantes habituais, nos termos da teoria desenvolvida por Marc Galanter. Nesse contexto, partindo-se do aludido marco teórico, as propostas foram desenvolvidas através de estímulos/desestímulos econômicos para modificar a realidade do Poder Judiciário sobrecarregado.

PALAVRAS-CHAVE: análise econômica do processo; reformas legislativas; litigância; acesso à justiça; resolução de conflitos.

ABSTRACT: We intend to bring propositions to reform the law to bring more efficiency to the Judicial branch in Brazil. The discussions brought to light are related to: (i) access to civil justice; (ii) economic motivations considering law and economics; (iii) the chronological order for judgement; (iv) the models regarding repeat players, as proposed by Marc Galanter. In this context, we also made path through comparative aspects in the law, giving some glances to what is done in Portugal when characterizing repeat players.

KEYWORDS: law and economics; bills; repeat players; access to justice; conflict resolution.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Jurisdição e Acesso à Justiça; 2. Breves considerações sobre a análise econômica do direito e a judicialização de demandas; 3. Objetivos gerais das alterações legislativas propostas; 3.1 Ordem de preferência de julgamento; 3.2 Da realização de audiências de mediação e de conciliação no âmbito judicial; 3.3 Do encarecimento da via jurisdicional estatal em determinadas hipóteses: a litigância como parâmetro; Conclusões; Anexo 1. Minuta de proposições legislativas; Referências.

INTRODUÇÃO.

Estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça nos últimos anos mostram que o Poder Judiciário foi impactado pela ampliação do acesso à justiça de diversas formas, quais sejam: (i) apesar do melhoramento na gestão processual nos últimos 3 anos, o Judiciário ainda conta com mais processos pendentes do que consegue efetivamente baixar¹; (ii) o crescimento da cultura do litígio supera o crescimento do Índice de Produtividade

1 Nesse sentido, cf. *CNJ. Justiça em Números 2020*. p. 94. “Destaca-se a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume que ingressa a cada ano, conforme Figura 51. Na Justiça Estadual, o estoque equivale a 3 vezes a demanda e na Justiça Federal, a 2 vezes. Nos demais segmentos, os processos pendentes são mais próximos do volume ingressado. Em 2019, seguiram a razão de 1,3 pendente por caso novo na Justiça do Trabalho e a 0,9 pendente por caso novo nos Tribunais Superiores. Na Justiça Eleitoral e na Justiça Militar Estadual ocorre o inverso: o acervo é menor que a demanda. Tais diferenças significam que, mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 2 meses de trabalho para zerar o estoque. Esse indicador pode ser denominado como “tempo de giro do acervo”. O tempo de giro do acervo na Justiça Estadual é de 2 anos e 5 meses, na Justiça Federal é de 2 anos, na Justiça do Trabalho é de 1 ano e 1 mês, na Justiça Militar Estadual é de 11 meses e nos Tribunais Superiores é de 1 ano, conforme observado na Figura 50.”

dos Magistrados (IPM)²; e a influência entre eles é recíproca, uma vez que o Capital Judiciário é um dos componentes para o cálculo do Índice de Acesso à Justiça.³

Diante desse escopo e do fenômeno da litigância, muitas foram as iniciativas dos processualistas contemporâneos - que obtiveram acolhimento legislativo - para combater essa realidade.⁴ Contudo, conforme será demonstrado neste estudo, a constante mudança social permite a abertura para novas iniciativas visando à desjudicialização dos conflitos e, conseqüentemente, a diminuição da morosidade judicial.⁵

Sendo assim, tendo isso em vista, apresentar-se-ão neste trabalho propostas de novas medidas, de *lege ferenda*, (i) que influenciam economicamente decisões sobre posturas processuais, objetivando-se desincentivar a cultura do litígio, através de mudanças legislativas no que concerne às despesas judiciais; (ii) regulatórias, dos grandes litigantes, para que seja devidamente disciplinada a sua caracterização na legislação; e (iii) de gestão judiciária, no que tange à ordem de apreciação dos processos, visando beneficiar àqueles que tentaram previamente resolver seu conflito extrajudicialmente.

- 2 Nesse sentido, cf. CNJ. Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa, “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria Para Proposição De Ações Eficientes”, CNJ, Brasília, 2019. “Essa tendência da cultura do litígio se mantém em datas mais recentes, o que fica evidenciado pelos números levantados pelo CNJ: a série histórica (desde 2009) demonstra que houve crescimento da demanda de 19,2%, apesar de o número de sentenças e decisões ter aumentado 11,4% no último ano, enquanto a produtividade dos servidores cresceu 2% (CNJ, 2017). O Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) foi de 1.749 processos, o que significa a solução de mais de 7 processos ao dia.”
- 3 Nesse sentido, cf. CNJ. Relatório Índice de Acesso à Justiça 2021. p. 30. “Por meio das equações apresentadas, pode-se afirmar que a primeira componente principal do Capital Judiciário é, essencialmente, um índice de desempenho global do Sistema Judiciário Brasileiro. Quanto maior o valor numérico dessa componente, maior o índice do Judiciário para dado tribunal e melhor é o acesso à justiça, uma vez que o “tempo de decisão” tem um baixo coeficiente (em tese, menor tempo de resolução de um conflito implica em mais acesso à justiça) e as variáveis relacionadas ao acervo de processos (“Quantidade de casos novos da primeira instância por 100 mil habitantes”) e à quantidade de profissionais existente para analisar as lides (“Taxa de Magistrados na população” e “Taxa de varas na população”) têm coeficientes significativos, de forma que, quanto maiores, maior o acesso.”
- 4 Sobre as medidas tomadas, cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2020/09/03/execucao-desjudicializacao-do-processo/>> Acesso em: 30/06/2021, “Não se podem negar, por outro lado, os esforços incomensuráveis enviados pelos processualistas brasileiros em busca de novos rumos para o processo civil contemporâneo, sendo que inúmeras foram as iniciativas que receberam acolhimento legislativo e, de uma maneira geral, reformularam o panorama do sistema instrumental nacional em suas mais diversas facetas (v.g., lei da ação civil pública, mandado de segurança coletivo, juizados especiais cíveis estaduais, federais e fazendários, entre outras, somando-se às centenas de modificações realizadas - a maior parte delas com sucesso - no vetusto Código/1973.)”
- 5 Nesse sentido, cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2020/09/03/execucao-desjudicializacao-do-processo/>> Acesso em: 30/06/2021, “De fato, desde as reformas instituídas no Código de Processo Civil a partir da década de 1990, pode-se perceber que o mote sempre foi, além da busca pela ‘simplificação’ do instrumento, a celeridade e a efetividade, voltadas à satisfação do jurisdicionado que acessa à Justiça em busca da resolução de suas pretensões resistidas ou insatisfeitas, em dizeres carnelutianos.”

Em suma, serão explicadas adiante as medidas propostas que intentam prestigiar a resolução de conflitos para além do Poder Judiciário, mas a partir da litigância hoje centrada neste, através de mudança legislativa.⁶ Na primeira parte do trabalho, traça-se importante contexto da situação do Poder Judiciário brasileiro a partir de conceitos essenciais, como jurisdição e acesso à justiça. Para, no tópico seguinte, tratarmos de formas pelas quais a análise econômica do direito pode ser aplicada ao processo a partir de incentivos e desincentivos econômicos à judicialização. Por fim, na terceira parte do presente trabalho, as sugestões para alterações legislativas são expostas.

1. JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA.

O Poder Judiciário, por determinação do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não pode negar apreciação de lesão ou de ameaça de lesão a direito de quem solicita tutela jurisdicional. Infere-se deste dispositivo que o Judiciário não teria nenhum tipo de *filtro* que impedisse ao cidadão o acesso à justiça por meio exclusivamente estatal. Não obstante, cabe ressaltar que a teoria clássica da jurisdição, que a definia a partir da tríade “poder, função e atividade”, conferindo somente ao Estado a função de pacificação social através da atividade de resolução de conflitos mediante o exercício de poder, tem sido enfraquecida por diversos fatores. Atualmente, destaca-se o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, que propõe a substituição do elemento *poder* por *garantia*, como forma de reconhecimento de outros métodos de resolução de conflitos como atividades e funções jurisdicionais. Logo, a jurisdição passa a compreender não somente a justiça estatal, como também a arbitral e a consensual, visto que o objetivo intrínseco é a solução do conflito erigido no seio social.⁷

Apesar do reconhecimento de outros meios de resolução de conflitos como opção jurisdicional, há sobrecarga do Poder Judiciário⁸, considerando que ao longo dos

6 Nesse sentido, cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2020/09/03/execucao-desjudicializacao-do-processo/>. Acesso em: 30/06/2021, “[...] O tempo passou, mas apesar das boas novas trazidas pelo ‘ movimento reformista’, pouco essencialmente mudou no que concerne à simplificação (real) do processo civil, economia e celeridade com efetivação voltada à satisfação dos jurisdicionados, consumidores diretos da justiça.” e “[...] Parece que o tempo não passou e que o mestre Dinamarco fez a assertiva constatando a nossa realidade atual... É lamentável que as necessidades do homem contemporâneo apareçam em velocidade de chip de computador, enquanto as mudanças legislativas e políticas judiciárias se façam em lombo de jumento e passos de cágado.”

7 Sobre o tema, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018. p. 4, “[...] a jurisdição não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício de poder. Ela passa a ser, em nossa visão, garantia do acesso à justiça, que se desenvolve pelo exercício de função e atividade respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal. Seu principal escopo social é a pacificação com a justiça.”

8 Sobre a situação do Poder Judiciário a partir dos dados coletados pelo CNJ no Relatório “Justiça em Números”, cf. VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. *(In)Devido Processo: Precedentes e Tecnologia em um Sistema Judiciário Sobrecarregado*. Novos Estudos Jurídicos, v. 26, n. 1, 2021.

anos foram diversas as iniciativas de ampliação de acesso à justiça estatal, tais como as Defensorias Públicas⁹, os Juizados Especiais¹⁰, Lei da Assistência Judiciária¹¹, dentre outros,¹² sem que ocorresse a correspondente modernização da estrutura do judiciário nacional.

O Relatório “Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³ reforça o posicionamento anteriormente mencionado, expressando que o maior acesso à informação e a maior possibilidade de acesso proporcionam um aumento progressivo do acesso à justiça, o que resulta no acréscimo de demandas no Poder Judiciário¹⁴. Adiante, o Relatório do CNJ também constata que fenômenos como

- 9 A Lei Complementar n. 80 (alterada pela Lei Complementar n.132 de 2009) institui as Defensorias Públicas na União, Distrito Federal e territórios, considerada como “Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”, p. 219, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil. v. 1. 10.ed.* São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- 10 A Lei n. 9.099 de 1995 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. “A lei 9.099/1995 criou os Juizados Especiais Cíveis (JEC), no bojo da Justiça Estadual, cuja competência é relativa. Ou seja, a parte autora pode optar pelo ajuizamento da demanda no JEC ou perante a Vara Cível da Justiça Estadual, se a causa tiver o valor de até 40 salários-mínimos”, p. 196, SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- 11 Trata-se da Lei n. 1.060 de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. “Até a edição do Código de Processo Civil de 2015, a Lei 1.060/1950 constituiu a principal base normativa do benefício da justiça gratuita [...]. Permanecem, pois, em vigor os dispositivos que cuidam da assistência judiciária (...) e alguns que cuidam do benefício da justiça gratuita (...)”, p. 26, DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- 12 Sobre o contexto dessas reformas legislativas, cf., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1988, “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres.”, p. 31-32. Para Edilson Vitorelli e Luís Henrique Bortolai, os números do Poder Judiciário atestam o “[...] sucesso do processo civil brasileiro quanto aos desafios do acesso à justiça mapeados pelo Projeto Florença, na década de 1970, sob a coordenação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.”, p. 377, VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. (In) *Devido Processo: Precedentes e Tecnologia em um Sistema Judiciário Sobrecarregado*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 26, n. 1, 2021.
- 13 Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa, “Mediação E Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes”, CNJ, Brasília, 2019. Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>, Acesso em 29/05/2021.
- 14 Destacamos que tal afirmação não leva à conclusão de acesso integral à justiça por toda a população brasileira, mas apenas o incremento do número de demandas que alcançam o Poder Judiciário. Sobre o tema em análise mais detalhada, cf. SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014, p. 57, “Assim, ainda que do ponto de vista da legalidade, desde 1988, um amplo rol de direitos esteja reconhecido, dificilmente se poderia dizer que a vivência de direitos seja minimamente igualitária ou compartilhada por todos. Ao contrário, transcorridas quase três décadas da vigência da Constituição de 1988, são, ainda hoje, significativas as barreiras e as dificuldades para a realização dos direitos e, em decorrência, há obstáculos na construção da cidadania.”. Ainda, a mesma autora aponta que: “Quando se examina, contudo, a “porta de entrada” tendo por foco

a industrialização e a urbanização transformaram a estrutura de uma sociedade majoritariamente agrária e rural para uma sociedade em crescimento e com mais consciência de direitos. Esta transformação da sociedade para um perfil urbano e industrial, dentro de um contexto com um sistema judiciário que detinha credibilidade, resultou no aumento de conflitos e, conseqüentemente, no aumento de processos judiciais.

A título de exemplo, o Relatório traz que houve um crescimento de 20% do número de habitantes do país entre os anos de 1990 e 2002, ao passo que, no mesmo período, houve um crescimento de 270% da demanda pela primeira instância do Judiciário. Todavia, este aumento significativo de processos judiciais, conectado a outros fatores, fez com que o índice de congestionamento do Poder Judiciário restasse extremamente elevado, prejudicando a sua credibilidade¹⁵ e a sua eficiência, vez que não possui, por exemplo, os recursos humanos e materiais necessários para solucionar todas as questões que lhe são submetidas constantemente.¹⁶

Concomitantemente a este Relatório, o CNJ procurou estabelecer, através de outro estudo, um Índice de Acesso à Justiça¹⁷, que seria calculado com base em três pilares ditos “capitais”, quais sejam: (i) cidadania, que tem como dimensões o reconhecimento de direitos e deveres, vulnerabilidade e acesso a serviços públicos; (ii) população, que engloba o perfil da população e sua dinâmica demográfica; e (iii) institucional judiciário, que é o desempenho global do Sistema Judiciário Brasileiro. Obtendo a conclusão de que “[...] o Índice de Acesso à Justiça, portanto, poderá servir como um instrumento de medida espacial e temporal e permitir aos gestores públicos do Poder Judiciário a tomada de decisões sobre os próprios aspectos, no que se refere a regras e procedimentos organizacionais.”¹⁸

o número de processos no Poder Judiciário, a primeira impressão que se tem é que se está diante de uma enorme contradição.”, p. 59.

15 Sobre a credibilidade das instituições, cf. pesquisa da FGV. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/pesquisa-icjbrasil-avalia-confianca-instituicoes-estado>. Acesso em: 07/07/2021.

16 VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. *(In)Devido Processo: Precedentes e Tecnologia em um Sistema Judiciário Sobrecarregado*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 26, n. 1, 2021, p. 379. Os autores usam a célebre obra “There’s no such thing as a free lunch” de Milton Friedman para afirmar que a ampliação excessiva do acesso ao Poder Judiciário traz conseqüências no tempo de duração do processo e na (falta de) entrega de resultados efetivos.

17 Nesse sentido, cf. CNJ. *Relatório Índice de Acesso à Justiça 2021*. p. 38. “Aspectos sociais relativos à saúde, à educação, ao perfil da população e à dinâmica demográfica se mostraram essenciais para entender o quão fácil ou difícil é o acesso à justiça em todo o Brasil por meio dos Tribunais de todas as Justças. A população conhece e/ou reconhece seus próprios direitos? Sabe requerê-los ou solicitar assistência jurídica para obter uma resolução adequada para o conflito? Ou o acesso à justiça se caracteriza como um “luxo” para certos grupos da população, cuja prioridade pode ser a sobrevivência diária? Pensando nisso, foram incluídas também características relativas à vulnerabilidade social.”

18 Nesse sentido, cf. CNJ. *Relatório Índice de Acesso à Justiça 2021*. p. 39.

Como forma de estabelecer incentivos para a razoável duração do processo¹⁹, além da isonomia²⁰, o legislador do código de 2015 empreendeu diversas reformas processuais com a finalidade de acelerar o andamento processual, mas também com o objetivo de incentivar outros métodos de resolução de conflitos.

Dentro desse contexto de diversas medidas adotadas, destacamos duas: (i) a ordem para julgamento do artigo 12 do CPC; e, (ii) o incentivo para métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Passamos a tratar da primeira, qual seja, a intenção de se organizar a ordem de julgamento. Para isso o legislador estabeleceu²¹, em seu artigo 12, uma ordem preferencial de apreciação de demandas,²² para que processos, em igualdade de condições, sejam julgados em momentos próximos.²³

Vale destacar que a inclusão do termo “preferencialmente” se deu em momento posterior ao da aprovação do Código de Processo Civil, pois havia preocupação de que a “[...] a racionalização do trabalho poderia sofrer algum comprometimento com este novo dispositivo, além do que é evidente que existem demandas simples e outras complexas. Estas últimas, muitas vezes, impedem o julgamento de centenas de processos.”²⁴. Entretanto, em razão da manutenção da redação dos parágrafos e incisos que organizam a ordem de julgamento, deve-se interpretar que a regra geral é a obser-

- 19 Prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF. Nesse sentido, ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 15, “Este dispositivo tem relação com art. 5º, LXXVIII da CF, introduzido pela EC 45/2004, que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A realidade demonstra que a acentuada demora da tutela jurisdicional significa denegação da justiça. A preocupação com a duração razoável do processo não é só brasileira, a discussão alcançou nível mundial, com presença de dispositivos específicos sobre o tema em diplomas normativos supranacionais, como o art. 8º, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o art. 6º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem e também o art. 7º, item 1, alínea d, da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos.”
- 20 Sobre a relação da isonomia com o artigo 12 do CPC, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 235.
- 21 Destaca-se que não havia dispositivo semelhante no Código revogado. Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- 22 CPC, Art. 12. “Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”.
- 23 Sobre o tema, cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentário ao artigo 12. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89, “Assim, em igualdade de condições, deve-se assegurar a cada pessoa que recorra ao judiciário o direito de não ter a sua decisão postergada em detrimento de outras, cujos processos foram conclusos a menos tempo.”.
- 24 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentário ao artigo 12. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89. Ainda, apontam Edilson Vitorelli e Luís Henrique Bortolai que o Poder Judiciário pouco participou da construção do CPC de 2015, gerando efeitos perniciosos: “Esse problema atingiu tal proporção que, depois de aprovado e sancionado o texto, parte dele foi alterado por outra lei, antes mesmo de entrar em vigor, como forma de reduzir a insatisfação dos juízes.”, p. 380, VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. *(In)Devido Processo: Precedentes e Tecnologia em um Sistema Judiciário Sobrecarregado*. Novos Estudos Jurídicos, v. 26, n. 1, 2021.

vância da ordem cronológica, sendo o seu não atendimento a exceção que merece a devida fundamentação.²⁵

Ainda dentro desse grande contexto brevemente delineado, o legislador objetivou estimular a resolução da lide por outros métodos de resolução de conflitos para além do heterocompositivo estatal, prevendo a necessidade da audiência de mediação ou conciliação antes da apresentação de defesa pelo réu no procedimento comum, como consta no art. 334, *caput*, do CPC²⁶. Como forma de estimular coercitivamente o comparecimento das partes, há previsão de multa para a parte que não comparecer sem justificar (art. 334, §8º). As únicas exceções para esta regra são nos casos de ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição (art. 334, §4º).²⁷

Esta norma tem por objetivo incentivar a resolução do conflito pelo método autocompositivo, em que as partes buscam uma solução por meio do diálogo, ou seja, sem que ela seja imposta por um terceiro. Com isso, se houver sucesso nestas audiências, tem-se por resolvida a lide e o processo não continuará no Poder Judiciário. O Relatório supracitado do CNJ reforça que para que o Poder Judiciário consiga atingir sua função principal (a de solucionar conflitos), além dos processos tradicionais, é necessário o incremento da utilização de mecanismos consensuais, como a mediação e conciliação, reforçando a visão anteriormente trazida sobre a jurisdição ultrapassar as formas heterocompositivas de resolução de conflitos²⁸.

25 Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 234-235, “Preferencialmente. Dar preferência à ordem cronológica não significa que seja faculdade do juiz. O magistrado deverá, sim, atender preferentemente a ordem cronológica, sempre que isto for possível. Para não atendê-la terá de justificar. Mais um dispositivo legal feito por encomenda de última hora, que atrapalha o sistema processual do CPC. Tudo o que vem seguida ao *caput* indica a obrigatoriedade de atender-se a ordem cronológica, pois do contrário não faria sentido manterem-se os demais dispositivos. Melhor teria sido o legislador da L 13256/2015 alterar apenas o *caput* para que a preferência fosse realmente uma faculdade e revogar os demais dispositivos.”

26 CPC, art. 334, *caput*: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

27 Nesse sentido: ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco temas essenciais e sua receptividade*: dois anos de vigência do Novo CPC. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, versão virtual não paginada, “O modelo arquitetado pelo CPC/2015 tornou a audiência de conciliação ou mediação obrigatória como regra geral. [...] De acordo com o CPC/2015 (art. 334, § 4º), seriam apenas as duas hipóteses supra em que a audiência de conciliação ou mediação não deveria ocorrer: quando todas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse (inciso I); ou quando o direito versado na causa não por passível de autocomposição (inciso II). Há, porém, uma terceira hipótese na qual se pode admitir o cancelamento da audiência: por força de decisão judicial. Como se sabe, cabe ao juiz, ao longo de todo o procedimento, ponderar valores e princípios (busca pela autocomposição, duração razoável do processo, efetividade da tutela jurisdicional etc.), tal como permitido (*rectius*: imposto) pelo art. 8º. De acordo com o princípio da adequação, pode (deve) o juiz modificar o procedimento (atos e fases processuais), adequando-o às peculiaridades do caso concreto (adequação judicial atípica).”

28 Sobre o tema, cf. Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa, “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes”, CNJ, Brasília, 2019, Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>, Acesso em 29/05/2021, “Dessa forma, para que

No que se refere à conciliação, trata-se de mais uma manifestação da justiça consensual, que pode ocorrer no âmbito extrajudicial (anteriormente ou paralelamente ao processo judicial) ou judicial (com o processo em andamento e estimulada por vias estatais). Ela consiste na entrega do conflito pelos sujeitos da demanda a um terceiro, chamado de conciliador, que irá facilitar a comunicação entre eles e irá intervir mediante sugestões com finalidade de apaziguá-las e alcançar um acordo que seja interessante para ambos.²⁹

A mediação, por outro lado, não possui as sugestões realizadas pelo terceiro em questão, chamado de “mediador” neste caso. Todavia, a ideia é semelhante, vez que consiste em uma solução autocompositiva, com o mediador facilitando as discussões. O objetivo deste método é utilizar técnicas, inclusive de negociação, para facilitar o alcance de uma solução pelas próprias partes³⁰.

Sendo assim, a fim de incentivar ainda mais a utilização de métodos autocompositivos na resolução de conflitos dentro do contexto apresentado³¹, propõem-se sugestões para alterações legislativas³², considerando a influência de aspectos econômicos no comportamento de litigantes no processo jurisdicional cível³³.

se alcance maior efetividade da função precípua do Poder Judiciário de solução de conflitos de interesses é importante ultrapassar os serviços processuais tradicionais e utilizar mecanismos consensuais e complementares à solução adjudicada por meio de sentença, utilizando-se da conciliação e mediação (WATANABE, 2011).”

- 29 Nesse sentido, CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano; SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação e Conciliação Judicial - A Importância da Capacitação e de seus Desafios*. Sequência, Florianópolis, v. 35, nº 69, p. 255-280, 2014. “A conciliação constitui instrumento autocompositivo de solução de conflitos, que pode ser extrajudicial ou judicial. Possibilita a participação de pessoa alheia ao litígio - o conciliador, que ouve o diálogo entre as partes, conduz as discussões e pode sugerir soluções para o caso, de acordo com o interesse das partes.”
- 30 O artigo 165, §3º, CPC, dispõe sobre o papel do mediador: “§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.325-326 ao diferenciar os dois institutos: “O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”
- 31 A falta de incentivo aos métodos autocompositivos é apontada como uma das causas para a situação atual do Poder Judiciário brasileiro. Sobre o tema, cf. SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014, p. 62.
- 32 Sobre propostas legislativas que emergem a partir do contexto desenhado, cf. SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos*. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014, p. 61, “Essa alta proporção de demandas sem respostas, com um tempo médio para julgamento de dez anos, provoca um leque de reações que vão desde propostas de alterações legislativas até a erosão do grau de confiança na justiça.”
- 33 Apenas a União através do Congresso Nacional pode criar leis sobre processo civil no País conforme artigo 22, I, CF: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (Grifamos).

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS.

A fim de relacionar temas como incentivos e desincentivos econômicos para a judicialização de demandas, convém empreender esforços para a compreensão do comportamento das partes no processo. Para isso, adotar-se-á o modelo teórico dos jogos³⁴, teoria idealizada de maneira precursora por Piero Calamandrei³⁵, que compara o processo a um jogo a ser vencido, em que os atos processuais correspondem aos movimentos estratégicos de um jogo através de réplicas e trélicas. Para o processualista, todos os atos praticados pelas partes têm somente um fim: vencer a parte contrária, independentemente da motivação.³⁶

Dessa forma, considerando que o jogo do litígio é complexo e fluido, as partes acabam não procurando meios mais eficientes de resolverem seus conflitos, optando pela guerra no Judiciário como principal instrumento de resolução de litígios, independentemente das características do conflito e do tempo que o processo demandará para alcançar seu fim.³⁷ Esta consideração é importante, pois assim viabiliza o entendimento dos elementos que influenciam a judicialização pela via estatal em total desconsideração em relação aos demais meios de resolução de conflitos.

A partir desse entendimento de que o litígio é um jogo cujas probabilidades de sucesso no pleito são desconhecidas³⁸, as estratégias (“abordagens”) das partes para a resolução do conflito precisam ser previamente traçadas com base na análise de custos e benefícios prováveis. Para isso, considera-se que há três métodos de resolução de um conflito: (i) conciliar o interesse das partes; (ii) determinar quem tem razão e (iii) deter-

34 GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 146.

35 Para um maior aprofundamento no tema: CALAMANDREI, Piero. *O processo como jogo*. Trad. de Roberto B. del Claro. Genesis, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba (23), janeiro/março de 2002, *passim*.

36 Nesse sentido, cf. CALAMANDREI, Piero. *O processo como jogo*. Trad. de Roberto B. del Claro. Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba (23), janeiro/março de 2002. p. 208, “Quem tem prática nos juízos cíveis percebe muitas vezes que a razão pela qual os litigantes continuam a bater-se não é tanto o bem econômico objeto da discussão (‘senhor advogado, não me importo de gastar: para que meu adversário não vença, estou disposto a perder todo o meu patrimônio’), mas é uma questão de honra, de amor próprio, o espírito agonístico, o empenho de vencer; e talvez o ciúme; e talvez a inveja; todos os estímulos, dos mais baixos aos mais nobres, que entram em ação na competição esportiva”.

37 MNOOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Mais que vencer: negociando para criar valor em acordos e disputas*. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009, p. 150.

38 Sobre o tema, MNOOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Mais que vencer: negociando para criar valor em acordos e disputas*. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009, p. 155, “[...] A fluida natureza dos jogos torna muito difícil o processo de estimar o resultado líquido esperado de uma disputa jurídica. O litígio não é um jogo em que você conhece as probabilidades - em que você paga 1 dólar para atirar uma moeda para o alto pela possibilidade de ganhar 2 dólares. É, em vez disso, um jogo que muitas vezes transmite a impressão - pelo menos aos clientes - de que você deve pagar alguma quantia não revelada e incerta e assim conseguir alguma chance não revelada e incerta de ganhar um prêmio incerto”.

minar quem é o mais poderoso.³⁹ Ao conciliar seus interesses, as partes chegam em um acordo (método autocompositivo). No segundo caso, deve haver a presença de um terceiro (juiz) com poder coercitivo para o reconhecimento do direito como legítimo e justo⁴⁰, já no último, a determinação do grau de poder será medida pela maior ou menor dependência de uma parte em relação à outra.

Para determinar qual a melhor abordagem, pesa-se a relação de *custos x benefícios*. Segundo a análise de Ivo T. Gico Jr., a resolução do conflito pelo método de conciliação de interesses (autocomposição) ocorrerá apenas quando os benefícios do acordo forem maiores que os custos para *ambas* as partes.⁴¹ A determinação do custo de um processo varia de acordo com o comportamento das partes⁴², que preponderam sobre o tempo e o dinheiro gastos, a energia emocional despendida, além dos recursos gastos e destruídos e as oportunidades perdidas⁴³

Tendo em vista que no modelo teórico dos jogos as partes procurarão sempre estar em vantagem em relação ao polo contrário, as expectativas (“probabilidades subjetivas”)⁴⁴ com relação ao sucesso de cada uma podem ser discrepantes. A partir dessa variação de probabilidade, Gico Jr. chegou na inequação que descreve o contexto de propositura ou não de uma ação pelo autor⁴⁵, a qual apresenta uma relação inversamente proporcional entre a diferença do custo de litigar e do custo de negociar (C - N), com a importância do bem da vida ou pedido (B) para as partes.⁴⁶

39 BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; URY, William. *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009. p. 36.

40 Nesse sentido, BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; URY, William. *Resolução de conflitos*: concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009. p. 40, “O protótipo deste procedimento [determinar quem tem razão] é o julgamento, em que os litigantes apresentam provas e argumentos a um terceiro neutro, o juiz, com poderes para proferir uma decisão vinculativa”

41 GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 117.

42 Nesse sentido, MNOOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Mais que vencer*. Negociando para criar valor em acordos e disputas. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009. p. 155, “Alguns custos de transação são fixos, tais como a taxa de ajuizamento que o tribunal impõe para iniciar uma denúncia. Mas muitos custos de transação relacionam-se ao comportamento das partes.”

43 BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; URY, William. *Resolução de conflitos*. Concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos. Tradução de Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009. p. 44.

44 Sobre o tema: GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 120, “Seja pA a expectativa de sucesso que o autor atribui à sua ação, isso significa que o autor acredita (probabilidade subjetiva) que existe uma probabilidade pA de obter B [benefício] a um custo Ca [custo irrecuperável]. Dessa forma, o retorno esperado dessa ação para o autor é dado pela ponderação do valor do bem da vida (ou pedido) pela probabilidade de sucesso de sua ação, menos o custo de ajuizamento da ação: pA . B - Ca.”

45 Nesse sentido: GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 123, “No contexto de uma ação judicial, o que se está negociando é a ação judicial em si, i.e., se está negociando a propositura ou não de uma ação pelo autor. Se o réu valorizar a não propositura da ação mais do que o autor valoriza a sua propositura, então, haverá espaço para acordo, pois haverá um excedente cooperativo a ser distribuído.”

46 Para maior aprofundamento na matéria, cf. GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. *passim*.

A partir dessa relação estabelecida, o autor chegou em algumas conclusões relevantes, quais sejam: (i) quanto mais valioso o bem da vida (B) para as partes, maior a probabilidade de um litígio; (ii) quanto menor o custo de litigar (C), mais pessoas litigarão (ou então: quanto mais caro o custo de negociar (N), maior a probabilidade da instauração de um litígio); (iii) quanto maior a discrepância entre as probabilidades subjetivas das partes, mais facilmente a condição de litigância será satisfeita, logo, maior a probabilidade de a lide se converter em litígio.⁴⁷ Dessa forma, percebe-se que a análise econômica do direito aplicada ao processo permite prever como eventuais mudanças nas regras processuais poderão alterar as estruturas de incentivos e desincentivos às partes e, assim, seu comportamento.⁴⁸

Posto isso, é possível concluir que o método de resolução de conflitos por meio da conciliação dos interesses tende a ser a abordagem estratégica mais adequada para o jogo das partes. Isso porque, além dos critérios econômicos apontados acima, leva-se em conta critérios essencialmente subjetivos, como: (i) satisfação com o resultado (em que os litigantes têm a capacidade de intervenção na aceitação ou recusa do acordo e formulação do mesmo, o que traz às partes maior percepção de justiça na resolução); (ii) efeitos na relação entre as partes (considerando que a chegada a um acordo ajuda as partes a manterem uma relação de colaboração cotidiana); e (iii) recorrência dos conflitos (pela satisfação dos interesses, a relação entre as partes melhora e, conseqüentemente, diminui a probabilidade de recorrência de mais conflitos).⁴⁹

Logo, a depender dos interesses envolvidos, a estratégia menos dispendiosa de resolução de conflitos seria através de métodos autocompositivos. Para isso, a via estatal para resolução de conflitos através da adjudicação deve representar custos maiores do que as vias que impõem a tentativa de autocomposição.

A partir dessas considerações teóricas sobre como o comportamento dos litigantes pode ser influenciado por elementos externos, propõem-se algumas alterações legislativas com o intento de trazer ao debate medidas passíveis, de *lege ferenda*, a gerar o equilíbrio entre métodos de resolução de conflitos independentemente de atuação estatal.

3. OBJETIVOS GERAIS DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PROPOSTAS.

As sugestões para alterações legislativas desenhadas partem de três pilares, quais sejam: (i) conferir preferência de julgamento para o litigante que demonstrar ter tentado a via extrajudicial para resolução de conflitos antes do ingresso ao Poder Judiciário; (ii) a redução de realizações de audiências de mediação ou de conciliação no

47 GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020 p. 126-127.

48 GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020 p. 132.

49 Para maiores explicações sobre o tema, cf. BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; URY, William. *Resolução de conflitos*. Concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009. *passim*.

âmbito judicial em determinadas situações; e, (iii) o encarecimento da via estatal da resolução de conflitos, tendo a litigância como parâmetro. Passa-se a tratar de cada pilar separadamente.

3.1. Ordem de preferência de julgamento.

Busca-se, alterar o artigo 12 do Código de Processo Civil de forma a privilegiar as partes que já tentaram resolver seus conflitos por meios autocompositivos extrajudiciais antes de ingressarem com o processo no Judiciário⁵⁰, por meio da alteração na ordem de apreciação prevista, conferindo prioridade aos casos em que comprovadamente outros métodos foram tentados antes da judicialização.

Com a finalidade de esclarecer o que configura ou não os “outros métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos”, sugere-se, ainda, a inclusão de dois parágrafos no artigo 12, ambos contendo róis de natureza exemplificativa, partindo da resolução de conflitos em agências reguladoras de determinados serviços, páginas na internet de órgãos públicos ou privados e os próprios meios disponibilizados por empresas para atendimento ao cliente, com a seguinte redação abaixo sugerida:

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, priorizando o julgamento dos processos que já passaram por audiências de conciliação ou mediação, sem designação do juiz; ou outros métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos.

§ 7º Considera-se, entre outros, métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos, referidos no *caput*:

I – Demandas ou processos administrativos abertos em agências reguladoras estatais;

II – Utilização de órgãos ou sites públicos de reclamação, como “PROCON” e “consumidor.gov”;

III – Utilização de órgãos ou sites privados de reclamação, como “reclame aqui”;

IV – Utilização dos meios disponibilizados pelas próprias empresas (SAC)

§ 8º Não configura método autocompositivo extrajudicial de resolução de conflitos qualquer tipo de mensagem por via particular das partes, como mensagens e e-mails.

§9º Considera-se efetivamente a tentativa de resolução extrajudicial de conflito após transcorridos 10 dias da abertura do chamado ou da demanda, referidos no §7º deste artigo.

50 Sobre a limitação ao direito de ação não ser inconstitucional, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 198, “As restrições ao exercício do direito fundamental de ação (CF 5o XXXV), impostas por lei infraconstitucional, podem ser, em princípio, válidas, desde que não o inviabilizem.”.

Ainda, há a preocupação com situações de busca de resolução de conflitos por esses métodos sem que nenhuma resposta seja fornecida. Assim, sugere-se o prazo de 10 dias da abertura do chamado para caracterizar a tentativa de resolução extrajudicial.

Tal medida mostra-se relevante ao passo que tem o potencial de incentivar os sujeitos do conflito a buscarem outros métodos de resolução de suas contendas antes do ingresso no Poder Judiciário já que a tramitação posterior e eventual de demanda judicial seria privilegiada.

3.2. Da realização de audiências de mediação e de conciliação no âmbito judicial.

Na tentativa de encerrar processos com análise de mérito sem uma solução adjudicada, o legislador incluiu no procedimento comum do processo de conhecimento a audiência de conciliação ou de mediação do artigo 334 do Código de Processo Civil. A intenção é possibilitar um ambiente de resolução autocompositiva do conflito antes da apresentação de defesa pelo réu.

Entretanto, observa-se que a efetividade dessas audiências prévias obrigatórias presentes no artigo 334 é baixa, tendo em vista que são obrigatórias, sob pena de multa para a parte que não compareça, ainda que uma das partes tenha manifestado expressamente o seu desinteresse na sua realização.⁵¹

Assim, sugere-se uma mudança no texto do inciso I do §4º do artigo em questão, permitindo que a audiência não se realize se pelo menos uma das partes manifestar, expressamente, no sentido de ter desinteresse na composição consensual. A alteração no inciso I do §4º deste artigo visa dar maior importância ao princípio da voluntariedade⁵²: caso uma das partes não queira participar da audiência, deve expressamente comunicar que não irá e isso não acarretará a multa. Porém, caso nada manifeste, e no

51 Nesse sentido, cf. Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa, “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes”, CNJ, BRASÍLIA, 2019, Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>, Acesso em 29/05/2021, “Assim, considera-se que a taxa de conciliação na média para os três estados analisados (SP, PI e RJ) é de 8,7%, pois se considera a quantidade de processos entrados e não apenas a quantidade de sentenças lavradas pelo juiz em relação à quantidade de acordos homologados. Entende-se que se trata de uma parcela bastante baixa e que há ainda muito espaço para aperfeiçoamento de técnicas e de política judiciária e institucional e da cultura social para que se alcance uma taxa maior de sucesso com relação a conflitos solucionados por conciliação e/ou mediação.”

52 Desse modo a Lei 13.140/2015: “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.”. Em conformidade com NETO SPENGLER, Theobaldo; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação, conciliação e arbitragem*: artigo por artigo de acordo com a Lei n. 13.140/2015, Lei n. 9.307/1996, Lei n. 13.105/2015 e com a resolução 125/2010 do CNJ. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, versão virtual não paginada.

“Isso significa que a mediação é voluntária, as partes devem ter autonomia para escolher esse método como forma de resolver seu conflito, pois ela não deve ser imposta. Assim, tanto a decisão de participar da mediação deve ser das partes como o possível acordo ou demais decisões tomadas pelas partes.”

dia da audiência em questão, faltar, terá de pagar o valor em apreço pelo desrespeito com a outra parte e com o sistema judiciário.

Esta mudança proporcionará uma maior clareza e honestidade na resolução do conflito, uma vez que a parte faltante, que expressar sua vontade, deixa clara sua intenção de continuar com o processo no Poder Judiciário, sem ao menos tentar dialogar com a outra parte antes. Sendo assim, o desestímulo para que isso ocorra está presente nas alterações do artigo 84, com a inclusão do §1º: caso não haja tentativas prévias extrajudiciais para resolver o conflito ou tenha sido expressamente manifestado o desinteresse pelas audiências de mediação e conciliação judiciais por uma das partes, o processo judicial será encarecido. Tais medidas visam desestimular as partes a resolverem seus conflitos pelo meio estatal exclusivamente, independentemente de quaisquer tentativas por outros métodos.⁵³ A redação legislativa para a inclusão da hipótese mencionada no artigo 334 seria no seguinte sentido:

Art. 334.

.....

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se pelo menos uma das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual;

..... (NR)

O encarecimento do custo do processo judicial em razão da não utilização de métodos autocompositivos previamente à judicialização do conflito e da dispensa da audiência do artigo 334 mencionado seria justificado na seguinte alteração legislativa proposta:

Art. 84.

.....

§ 1º As custas dos atos do processo serão computadas em dobro quando:

I – as partes não passaram por audiências de conciliação ou mediação, ou outros métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos, previamente à entrada no Poder Judiciário; ou,

II – não forem realizadas as audiências obrigatórias previstas no artigo 334, §4º, I, deste Código.

..... (NR)

53 Em sentido contrário, afirmando que qualquer exigência de esgotamento da via administrativa é inconstitucional, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200, “Não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/1969 153 §4º).”

Ademais, com este mesmo objetivo, propomos que o encarecimento do litígio pela via estatal ocorra na medida do uso mais frequente do método heterocompositivo estatal. Tal proposta parte da percepção destacada por Maria Tereza Sadek, ao colocar que o número de demandas judiciais no Brasil levaria a crer que todo brasileiro tem, pelo menos, um processo em curso no Poder Judiciário, o que não corresponde à realidade. Os números do Poder Judiciário são gigantescos em razão de seu uso mais frequente por determinados litigantes, ditos *habituais*.⁵⁴ Assim, passa-se a tratar do encarecimento da via jurisdicional estatal tendo a litigância repetitiva como parâmetro.

3.3 Do encarecimento da via jurisdicional estatal em determinadas hipóteses: a litigância como parâmetro

Propõe-se que a legislação regulamente o que efetivamente configura a litigância habitual, a partir da ótica da teoria dos litigantes de Marc Galanter, que divide os litigantes em tipos ideais, quais sejam, *eventuais* e *habituais*,⁵⁵ sendo que estes podem ser vistos como tipos que já experimentaram e que conseguem antecipar a litigância repetitiva, possuindo recursos econômico-financeiros em quantidade suficiente para suportar os custos de manutenção de processos judiciais para buscar seus objetivos a longo prazo. Diante dessa constatação, os litigantes habituais sairiam na frente, pois os valores envolvidos na litigância estatal não representam um impeditivo de acesso à justiça, mas como um estímulo para organização de estratégias processuais com base em decisões negociais.

Entretanto, não basta identificar o chamado “litigante habitual” em razão de ter “muitos” processos sem critérios objetivos. Apesar da aparente objetividade do termo entre aspas, a quantificação do que configura “muitos”, “vários” ou “diversos” depende da perspectiva daquele que classifica. Assim, de forma a trazer segurança a partir da objetividade, buscou-se um parâmetro para o termo “litigante habitual” no contexto brasileiro atual.

O método usado para quantificar os processos que caracterizariam um litigante habitual no Brasil foi uma comparação com o Código de Processo Civil de Portugal⁵⁶,

54 Sobre o tema, cf. SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014, p. 59/60, “Caso a média de um processo para cada dois habitantes retratasse, de fato, a realidade, o cenário chamaria a atenção pelo elevado e generalizado grau de conflito imperante na sociedade. O exame, entretanto, da autoria dos processos coloca em xeque a primeira impressão, indicando quão enganosa pode ser uma média, mostrando significativa concentração da demanda por respostas judiciais em alguns poucos litigantes. Com efeito, os mais frequentes usuários do Judiciário são: a Caixa Econômica Federal, a União, o INSS, os bancos, as empresas de telefonia, os municípios.”.

55 GALANTER, Marc. “Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change”, Volume 9:1 *Law and Society Review*, 1974, Republicação (com correções) In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

56 CPC Português, “Art. 530º, item 6 – Nas ações propostas por sociedades comerciais que tenham dado entrada em qualquer tribunal, no ano anterior, 200 ou mais ações, procedimentos ou execuções, a taxa de justiça é fixada nos termos do Regulamento das Custas Processuais; Art. 749º, item 8 – Apenas nos casos em que o exequente seja uma sociedade comercial que tenha dado entrada num tribunal, secretaria judicial ou balcão,

em que há regras específicas de despesas processuais mais elevadas para sociedades comerciais que tenham ingressado com 200 ou mais processos ou medidas no ano anterior.⁵⁷

Considerando as raízes históricas compartilhadas entre estes sistemas judiciários, a comparação se justifica para chegar ao número de processos anuais por litigante, a fim de caracterizá-lo como litigante habitual. Assim, realizou-se a relação de proporção com as populações dos respectivos países, de forma aproximada: Portugal tem 10.276.617 de habitantes (dados de 2019), já o Brasil tem 210.147.125 (dados de 2019) de habitantes. Sendo assim, foram considerados 10 milhões para Portugal e 200 milhões para o Brasil, a fim de obter proporções mais exatas. Com isso, tem-se que a população brasileira é, aproximadamente, 20 vezes maior que a população portuguesa. Levando essa relação para o número de processos anuais para caracterizar o litigante habitual, tem-se: 200 (em Portugal) vezes 20, resultando em 4000 processos anuais por litigante no Brasil.⁵⁸

Tal distinção entre litigante habitual e litigante eventual é algo que inexiste no atual Código de Processo Civil, contudo, é de suma importância considerar que há significativas diferenças entre ambos, como explicou Galanter, sob a ótica de Ananda Almeida⁵⁹:

Os Repeat Players (RP) são engajados em diversos litígios semelhantes ao longo do tempo, os riscos envolvidos em seus casos geralmente são menores do que a visão do todo, do geral, dos casos nos quais se encontram envolvidos. Dada a sua frequente participação em litígios, pode antecipar a superveniência de demandas repetidas, as estratégias legais podem ser modificadas e desenvolvidas de um caso

no ano anterior, a 200 ou mais providências cautelares, ações, procedimentos ou execuções, é devida uma remuneração pelos serviços prestados na identificação do executado e na identificação e localização dos seus bens, às instituições públicas e privadas que prestem colaboração à execução nos termos deste artigo, cujo quantitativo, formas de pagamento e de cobrança e distribuição de valores são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça; Art. 780º, item 12 – Apenas nos casos em que o exequente seja uma sociedade comercial que tenha dado entrada num tribunal, secretaria judicial ou balcão, no ano anterior, a 200 ou mais providências cautelares, ações, procedimentos ou execuções, é devida uma remuneração às instituições que prestem colaboração à execução nos termos deste artigo, cujo quantitativo, formas de pagamento e cobrança e distribuição de valores são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, devendo, nessa fixação, atender-se à complexidade da colaboração requerida e à circunstância de a penhora se ter ou não consumado.”

- 57 Portugal divulga listas das empresas que tiveram mais de 200 processos no ano anterior ao da pesquisa, “[...] possibilitando-se medir a litigiosidade de determinadas empresas no país.”, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O CPC/15 e a busca antecipada de bens do devedor. *Revista de Processo*, vol. 271, ano 2017, p.155-177, set., 2017. Para acesso às informações divulgadas pelo país mencionado periodicamente, cf. <https://www.citius.mj.pt/portal/default.aspx>. Acesso em 26 de maio de 2021.
- 58 Vale mencionar o Projeto de Lei n. 552 de 2020 de autoria do Deputado Elias Vaz que busca “[...] caracterizar a pessoa jurídica ou grupo econômico como grande litigante quando a quantidade de processos ativos em que seja parte alcance [sic] ou ultrapasse percentual em relação a todas as demandas consumeristas do Tribunal de Justiça do Estado.”, segundo o artigo 1º do referido projeto.
- 59 ALMEIDA, Ananda Palazzin de. *A atuação do INSS como Litigante Habitual no Recurso Extraordinário*. Nº 631.240, São Paulo, 2015. p. 9.

para o próximo. Possuem recursos suficientes a perseguir os seus interesses por longo espaço de tempo. A terminologia não apenas é utilizada para aqueles que efetivamente se engajam em todo litígio – o termo inclui as partes que resistem às demandas judiciais. Destaca, inclusive, que talvez os RP melhores sucedidos seriam aqueles cujos antagonistas optam pela resignação.

Já os “One-Shotters” são as partes que apenas acessam as cortes ocasionalmente, os riscos atinentes ao resultado tangível do caso costumam serem maiores do que o cenário completo do litígio. É possível que os custos para a satisfação da pretensão sejam maiores do que a tutela pretendida. Não antecipam transações ou contatos continuados com o seu oponente – por isso, “can do his damnedest without fear of reprisal next time around or on other issues”. Os pleitos seriam ou muito grandes, comparados com o seu tamanho, ou muito pequenos, quando confrontados com o custo das medidas necessárias à satisfação.

Com isso, assim como há o aumento das custas⁶⁰ dos atos do processo em Portugal para aqueles que litigaram em 200 ou mais processos no ano anterior, a proposta do novo capítulo acerca dos litigantes habituais no CPC também o faz. Além disso, esta proposta separa os litigantes habituais privados dos públicos, excluindo estes desta condição de encarecimento dos processos. Tal diferenciação justifica-se no regime jurídico distinto aos quais os entes públicos são submetidos.⁶¹

A mudança também exclui da apreciação deste encarecimento as justiças especializadas. Ou seja, os processos trabalhistas, eleitorais e militares não serão encarecidos quando da verificação da condição de litigante habitual, tendo em vista que as regras processuais nestas justiças são diferentes em diversos aspectos da justiça comum.

Em suma, todas as mudanças que este projeto de lei propõe visam desestimular o uso contínuo do Poder Judiciário nas situações em que o conflito tem a possibilidade de ser resolvido por outras vias extrajudiciais. Uma vez que, como já explicado, atualmente o acesso à justiça abrangente gerou um aumento contínuo no número de processos no Judiciário, o que o torna cada vez mais moroso para apreciá-los. O texto proposto para tais alterações é o que segue:

Art. – É litigante habitual a pessoa natural ou jurídica que, passiva ou ativamente, litigou em, no mínimo, 4000 (quatro mil) processos no ano anterior, segundo relatório anual do Conselho Nacional de Justiça.

60 Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200, “Garantia de acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária for excessiva, de modo a criar obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional.”

61 Sobre a atuação da Fazenda Pública em juízo, vale a conferência da obra “Fazenda Pública em juízo”, de Leonardo Carneiro da Cunha. Explica o autor que: “O que importa deixar evidente é que o conceito de Fazenda Pública abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, sendo certo que as agências executivas ou reguladoras, sobre ostentarem o matiz de autarquias especiais, integra, igualmente o conceito de Fazenda Pública.”, p. 18, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

Art. – As custas dos atos do processo serão superiores para os litigantes habituais.

§ 1º. A regra deste caput aplica-se somente aos litigantes habituais de direito privado.

§ 2º. Estão excluídas da apreciação deste artigo as justiças especializadas. A regra deste caput aplica-se às justiças comuns e aos juizados, somente.

Art. – Os acréscimos previstos no §1º do artigo 84 deste Código aplicam-se aos litigantes habituais.

CONCLUSÕES.

As mudanças legislativas propostas são necessárias na medida em que equilibram o acesso à justiça à necessidade de otimização da atividade jurisdicional estatal. Isso porque, pela intrínseca conexão entre os conceitos de jurisdição e acesso à justiça, o objetivo final de ambas será sempre a resolução efetiva e justa do conflito, não necessariamente pela via judicial. A ascensão e a aceitação de métodos de resolução de conflitos autocompositivos são necessários e eles podem ser impulsionados através da análise econômica do direito aplicada ao processo civil a partir da análise do comportamento dos litigantes.

Assim, propõem-se melhorias, de *lege ferenda*, relacionadas à promoção de formas de resolução de conflito mais adequadas, a depender do contexto inserido. Tais melhorias se concentram no incentivo à autocomposição das partes, promovido pela: (i) priorização da vontade e interação verdadeira entre as partes; (ii) recompensa às tentativas de busca pela solução; e (iii) implementação de mecanismo de desestímulo à entrada repetitiva e/ou exaustiva de processos, principalmente daqueles chamados de litigantes habituais.

ANEXO I - MINUTA DE PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS.

PROJETO DE LEI Nº , de 2021

Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar acerca da ordem de apreciação dos processos, regras de aumento das custas do processo e acerca dos litigantes habituais de direito privado.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar acerca da ordem de apreciação dos processos, regras de aumento das custas do processo e acerca dos litigantes habituais.

Art. 2º A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, priorizando o julgamento dos processos que já passaram por audiências de conciliação ou mediação, sem designação do juiz; ou outros métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos.

§ 7º Considera-se, entre outros, métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos, referidos no *caput*:

I – Demandas ou processos administrativos abertos em agências reguladoras estatais;

II – Utilização de órgãos ou sites públicos de reclamação, como “PROCON” e “consumidor.gov”;

III – Utilização de órgãos ou sites privados de reclamação, como “reclame aqui”;

IV – Utilização dos meios disponibilizados pelas próprias empresas (SAC)

§ 8º Não configura método autocompositivo extrajudicial de resolução de conflitos qualquer tipo de mensagem por via particular das partes, como mensagens e e-mails.

§9º Considera-se efetivamente a tentativa de resolução extrajudicial de conflito após transcorridos 10 dias da abertura do chamado ou da demanda, referidos no §7º deste artigo.

.....” (NR)

“Art. 84.

.....

§ 1º As custas dos atos do processo serão computadas em dobro quando:

I – as partes não passaram por audiências de conciliação ou mediação, ou outros métodos autocompositivos extrajudiciais de resolução de conflitos, previamente à entrada no Poder Judiciário; ou,

II – não forem realizadas as audiências obrigatórias previstas no artigo 334 deste Código nos termos de seu inciso I.

.....” (NR)

“Art. 334.

.....

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se pelo menos uma das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual;

.....” (NR)

LIVRO III

DOS SUJEITOS DO PROCESSO

TÍTULO I

DAS PARTES E DOS PROCURADORES

CAPÍTULO –

DOS LITIGANTES HABITUAIS

Art. – É litigante habitual a pessoa natural ou jurídica que, passiva ou ativamente, litigou em, no mínimo, 4000 (quatro mil) processos no ano anterior, segundo relatório anual do Conselho Nacional de Justiça.

Art. – As custas dos atos do processo serão superiores para os litigantes habituais.

§ 1º. A regra deste caput aplica-se somente aos litigantes habituais de direito privado.

§ 2º. Estão excluídas da apreciação deste artigo as justiças especializadas. A regra deste caput aplica-se às justiças comuns e aos juizados, somente.

Art. – Os acréscimos previstos no §1º do artigo 84 deste Código aplicam-se aos litigantes habituais.

REFERÊNCIAS.

- ALMEIDA, Ananda Palazzin de. *A atuação do INSS como Litigante Habitual no Recurso Extraordinário Nº 631.240*. São Paulo: FGV, 2015.
- ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; URY, William. *Resolução de conflitos: concepção de sistemas para reduzir os custos dos conflitos*. Tradução: Soares Franco. Lisboa: Actual Editora, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. v. 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano; SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação e Conciliação Judicial - A Importância da Capacitação e de seus Desafios*. Sequência, Florianópolis, v. 35, nº 69, 2014.
- CNJ. *Justiça em Números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 09/07/2021.

- CNJ. *Relatório Índice de Acesso à Justiça 2021*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf Acesso em: 09/07/2021.
- CNJ. *Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa, “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente – Jurimetria para Proposição de Ações Eficientes”*. BRASÍLIA, 2019, Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/321>, Acesso em 29/05/2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade*. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2020/09/03/execucao-desjudicializacao-do-processo/>> Acesso em: 30/06/2021
- GALANTER, Marc. “Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change”, Volume 9:1 *Law and Society Review*, 1974, Republicação (com correções) In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.
- GICO JR., Ivo T. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O CPC/15 e a busca antecipada de bens do devedor. *Revista de Processo*, vol. 271, 2017.
- MNOOKIN, Robert H., PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Mais que vencer*. Negociando para criar valor em acordos e disputas. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SPENGLER NETO, Theobaldo; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei no 13.140/ 2015, Lei no 9.307/1996, Lei no 13.105/2015 e com a resolução 125/2010 do CNJ*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, mar./abr./maio 2014.
- SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- VITORELLI, Edilson; BORTOLAI, Luís Henrique. (In)Devido Processo: Precedentes e Tecnologia em um Sistema Judiciário Sobrecarregado. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 1, 2021.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Accountability, transparency and court organization in Spanish civil justice¹⁻²

Prof. Dr. Marco de Benito

Jean Monnet Chair of European Civil Procedure
IE University (Madrid)³

Abstract: The article essentially reproduces the Spanish national report for the session on accountability and transparency in civil justice held at the XVI World Congress on Procedural Law, held in Japan in 2019. As such, its main aim was and is to facilitate comparative scholarship by presenting, in a brief yet accurate manner, the legal framework and practical implications of judicial accountability and transparency in Spanish civil justice, with a reference to relevant aspects of the overall civil court system. An important tenet of judicial independence, in Spain judicial accountability is made effective by means of a comprehensive system of civil, disciplinary, and administrative individual and state responsibility, as well as by a growingly detailed and accessible system to ensure transparency at all levels of the judiciary.

Keywords: Judicial accountability / State responsibility for the administration of justice / Transparency in civil justice / Court management / Court personnel

-
- 1 The text reproduces, with a few minor updates, the Spanish national report for Session 2 ('Accountability and transparency in civil justice') of the XVI World Congress on Procedural Law ('Challenges for civil justice as we move beyond globalization and technological change'), held in Kobe (Japan), November 2-5, 2019. Prof. Yulin Fu was the General Reporter for Session 2.
 - 2 This publication is a product of the research project 'Hacia una Justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea', funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation (ref. PID2019-103909GB-I00).
 - 3 This report owes much to the research and editing assistance of Ms. Belén ADELL, currently an attorney at the litigation department of Uría Menéndez, when she was a recent LLB graduate from IE University.

TABLE OF CONTENTS: I. Judicial accountability; A. Basic notions and legal framework; B. Spanish stance on judicial accountability; C. Remedies and procedure; II. Transparency in civil justice; A. Basic notions and legal framework; B. Transparency duties; C. Remedies and procedure; III. Court organization; A. Court structure in civil justice; B. Civil procedure; C. Judges and administrative personnel; D. Court management; E. The judiciary in the constitutional system; F. Funding; IV. Final remarks; List of tables; Basic bibliography

I. JUDICIAL ACCOUNTABILITY.

A. Basic notions and legal framework.

According to ULPAN,⁴ *ius praecepta sunt haec*, the precepts of the law are these: *honeste vivere*, to live honestly; *neminem laedere*, to injure no one; *suum cuique tribuere*, to give to everyone his due. The second precept — *neminem laedere*, to injure no one — provides the key to approach the idea of accountability: anyone who has violated a duty of conduct existing in the interest of another subject is bound to repair the damaged caused; is to be held accountable.

In most cases, civil accountability refers to damage caused by the breach of an obligation undertaken by contract (*responsabilidad contractual*). In others, the duty to repair damage arises from negligent conduct, regardless of any obligation entered into between the parties (*responsabilidad extracontractual*). Accountability can also originate in cases of unjustified enrichment (*enriquecimiento injustificado*) or simply by operation of the law. All these possible sources of civil responsibility are generally proclaimed in Article 1089 of the Spanish Civil Code: ‘obligations arise from the law, from contracts and quasi-contracts, and from acts and omissions that are unlawful or involve any kind of fault or negligence’

Rooted in the same general notion is the need to make public authorities accountable for any arbitrary actions that cause damage to citizens. Article 9.3 of the Spanish Constitution guarantees ‘the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter.’

When such accountability refers to the executive power, the idea is further specified through the principle of patrimonial responsibility of public administrations (*responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*), also enshrined in our Constitution in Article 106.2: according to which private individuals are ‘entitled to compensation for any loss that they may suffer to their property or rights ... whenever such loss is the result of the operation of public services.’

The Constitution includes a specific provision to affirm the principle of accountability of public authorities also in the realm of the judiciary power, when it is the

4 Digest, 1.1.10.

administration of justice itself that has caused damage. In the words of Article 121, ‘damages caused by judicial errors, as well as those arising from irregularities in the administration of justice, shall be subject to compensation by the State, in accordance with the law.’

At the same time, rules on the disciplinary consequences of any such conducts are foreseen in Article 117: judges ‘are independent, have fixity of tenure, are accountable, and are subject only to the rule of law,’ hence they ‘may only be dismissed, suspended, transferred or retired on the grounds and subject to the guarantees provided by law.’

These constitutional provisions are developed by the Organic Law of the Judiciary (here simply the Judiciary Law)⁵. Articles 292 ff., 405 to 410, and 414 ff. of the Judiciary Law address this general idea of accountability from two perspectives: (a) the individual accountability of judges, and (b) the responsibility of the state for judicial errors or abnormal functioning of the administration of justice.

1. Individual accountability of judges: civil, disciplinary, and criminal

Individual accountability of judges for their actions is ensured by three different types of responsibility: civil, criminal, and disciplinary.

- a) *Civil responsibility*. Traditionally, injured parties had a direct action against any individual judge that had caused damage to them for malpractice or malice in office. This direct civil action was, however, abrogated in 2015.⁶ The Law ‘eliminates the direct civil liability of judges, which is rarely used in practice,’ which ‘aligns the responsibility of judges with that of other public employees and complies with the recommendations of the Council of Europe in this area.’⁷ Currently, in sum, ‘under no circumstances may the injured parties bring actions against judges directly’.⁸

The direct civil action against judges has been replaced by a general action of civil responsibility against the state. The state will then be free to seek reimbursement from the individual judge having caused the harm — only if there is willful misconduct or gross negligence on the part of the judge — notwithstanding any disciplinary responsibility that might have been incurred.⁹

The willful misconduct or gross negligence of judges can be acknowledged by a judgment or by a resolution issued by the General Council of the Judiciary (*Consejo General del Poder Judicial*). ‘When assessing accountability, the following

5 Organic Law 6/1985, of July 1, on the Judiciary (*Ley Orgánica del Poder Judicial*).

6 Organic Law 7/2015, of July 21, amending the Judiciary Law.

7 Organic Law 7/2015, of July 21, Preamble, Section V.

8 Judiciary Law, Article 296.1.

9 Judiciary Law, Article 296.2.

criteria, amongst others, will be considered: the detrimental result occasioned and whether intent existed.¹⁰

- b) *Disciplinary responsibility*. This possible monetary reimbursement of the judge to the state does not prevent the state from declaring and sanctioning any disciplinary responsibility the judge may have incurred as a consequence of his fraudulent or negligent behavior.

Disciplinary responsibility is regulated under Articles 414 to 427 of the Judiciary Law, which enumerate a list of infractions (minor, major, very serious) and corresponding sanctions (from verbal warning to removal from office).

It can be sought solely by the competent authority, the General Council of the Judiciary, the constitutional body created for the self-governing of the judiciary.¹¹

- c) *Criminal responsibility*. Some of those actions may have also be serious enough to warrant that the state's *ius puniendi* is set in motion to impose criminal penalties.

Articles 405 to 410 of the Judiciary Law establish the basis for judicial criminal responsibility, which is however only specifically regulated in the Spanish Criminal Code following the deeply engrained principle that criminal law needs to be strictly codified.

Articles 446 to 449 of the Criminal Code sanction judicial malfeasance (defined as knowingly or recklessly rendering an unjust decision, refusing to adjudicate, or maliciously delaying justice) with penalties of imprisonment up to six years and disqualification up to twenty years.¹²

Since judges are public authorities for the purposes of criminal responsibility,¹³ all crimes that affect the public administration, regulated under Articles 407 to 445 of the Criminal Code, are also applicable to them, including omission to prosecute crimes, infidelity in the custody of documents, violation of secrets, bribery, influence peddling, embezzlement of public funds, and others.¹⁴

2. State responsibility for judicial error, pre-trial detention, or abnormal functioning of the administration of justice

As mentioned above, state is responsible for any judicial errors or other cases of abnormal functioning of the administration of justice. This regime of patrimonial responsibility of the state in the administration of justice (*responsabilidad patrimonial*

¹⁰ Judiciary Law, Article 296.2 *in fine*.

¹¹ Judiciary Law, Articles 421 to 427.

¹² Criminal Code, Title XX ('On felonies against the Judiciary'), Chapter I ('On judicial malfeasance').

¹³ Criminal Code, Article 24.1.

¹⁴ Criminal Code, Articles 407 to 445.

del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia) is developed by Articles 292 to 296 of the Judiciary Law.

As explained, since 2015 only the state, not the individual judge, is to be held directly accountable for damage caused by judicial error or misconduct. In words of Article 296.1 of the Judiciary Law, ‘damages occasioned by judges in the exercise of their duties will give rise, where applicable, to state responsibility for a judicial error or the abnormal functioning of the administration of justice; however, under no circumstances may the injured parties bring actions against them directly.’ The action is thus brought against the state, which will then be free to seek reimbursement from the individual judge.

This form of state responsibility does not require malice or malpractice but just proof of the actual harm suffered (‘in all cases the loss sustained must be real, ascertained in financial terms, and sustained effectively by a person or a group’)¹⁵ as well as a causal link with a judicial error or an otherwise abnormal functioning of the administration of justice (‘damages caused to property or to rights due to judicial errors as well as those arising from an abnormal functioning of the administration of justice will entitle the aggrieved parties to claim compensation from the state’)¹⁶. It is therefore an example of strict liability of the state. Of course, ‘revocation or annulment of judicial decisions does not entail per se a right to compensation.’¹⁷

Two standards of responsibility therefore coexist: on the one hand, the strict liability of the state for judicial error, pre-trial detention in cases in which the accused is eventually acquitted, or an otherwise abnormal functioning of the administration of justice; on the other hand, the state’s action for reimbursement against the judge that caused the harm only where willful misconduct or gross negligence on his part have been established.

B. Spanish stance on judicial accountability.

Judicial accountability is a natural consequence of judicial independence: judges are independent, *hence* accountable — in a delicate equilibrium to prevent any of the two terms from stifling the other. This close interconnection manifests itself already in the Constitution.

The entire legal status of judges is built on the independence of the judiciary power and of each individual judge. Jurisdictional authority in the hands of each individual judge ‘emanates from the people’ and is ‘administered in the name of the King,’ ‘subject only to the rule of law’ (Article 117.1 of the Constitution). No hierarchy whatsoever exists when dealing with the application of the law.

¹⁵ Judiciary Law, Article 292.2.

¹⁶ Judiciary Law, Article 292.1.

¹⁷ Judiciary Law, Article 292.3.

To guarantee independence, the Constitution took the main administrative aspects of the judiciary out of the Ministry of Justice to vest in on a General Council of the Judiciary, the constitutional body through which the judiciary is self-governing.

Also, in order to ensure compliance with the ‘obligation placed on all public authorities and individuals to respect the independence of the judiciary and the total shielding of the legal status for judges against any possible interference from other state powers,’¹⁸ judges enjoy fixity of tenure: they ‘may only be dismissed, suspended, transferred or retired on the grounds, and subject to the guarantees provided by law’ — by an organic and not an ordinary law (an organic law requires a qualified majority in Parliament), namely the Judiciary Law. With the same goal of avoiding indirect pressures from the executive, the economic retribution of judges is regulated by law.

In order to ensure the independence of each particular judge in each particular case, parties may challenge a judge for lack of independence or impartiality (*recusación*)¹⁹ if the judge himself did not abstain in the first place (*abstención*).²⁰

Accountability is the necessary counterpart to the power that is placed in the hands of each judge, a power that — as stated — ‘emanates from the people’ and which exercise is ‘subject only to the rule of law’ (Article 117.1 of the Constitution). Unsurprisingly, the majority of disciplinary infractions for which judges can be held accountable is related to their independence. For instance, Article 417 of the Judiciary Law classifies as serious infractions the ‘affiliation to political parties or trade unions, or performing duties or services for them,’ ‘unwarranted interference by means of orders or pressure in any sense in the exercise of the judicial functions of any other judge’ or the lack of his own abstention ‘in spite of being aware that he is under any of the legal circumstances’ that may hinder his independence or impartiality. Similarly, the most common crimes for which a judge can be convicted are those related to acts of bribery or malfeasance (Articles 419 and 446 of the Spanish Criminal Code), both punishing lack of independence. Finally, as we know already, each individual judge remains personally liable towards the state for errors stemming from willful misconduct or gross negligence.

C. Remedies and procedure.

The legal standing and the procedure to make effective these instances of judicial accountability depend on whether the case involves (1) individual judicial accountability — and then whether it is of a civil, disciplinary, or criminal nature — or (2) state responsibility.

18 Judiciary Law, Preamble, Section III.

19 Judiciary Law, Articles 223 to 228.

20 Judiciary Law, Articles 219, 221, and 222.

3. Individual accountability of judges.

- a) *Civil responsibility.* As we know, since 2015 private parties only have a general action of civil responsibility against the state. The state is then free to seek reimbursement from the individual judge having caused the harm if there was willful misconduct or gross negligence.²¹ The link between the injured party and the judge causing the harm was then severed.
- b) *Disciplinary responsibility.* Monetary reimbursement of the judge to the state is, as mentioned, without prejudice to the disciplinary responsibility the judge may have incurred because of his fraudulent or negligent behavior.

Only the competent authority, which is the General Council of the Judiciary as a general rule, has the power to impose disciplinary sanctions. The Judiciary Law distinguishes between very serious, major, and minor offences.²² All of them are described in detail: warning, a fine, forced transfer to a specific court or tribunal, suspension of up to three years, or the most serious of all: removal from the judicial career.

The disciplinary sanctioning procedure is regulated in Articles 423 ff. of the Judiciary Law:

- i. As a general rule, the proceeding may not last more than a year.
- ii. It is initiated either *ex officio*, or at the request of the injured party, or by the public prosecutor (*ministerio fiscal*).
- iii. Once initiated, the parties involved are notified and the proceeding will move forward *ex officio*.
- iv. An examining judge is appointed by the General Council of the Judiciary in order to conduct the taking of evidence and carry out all actions required to establish the facts.
- v. During the disciplinary proceedings, precautionary measures may be taken, including provisional suspension from office for a maximum of six months, when *prima facie* evidence of the infraction so warrants.
- vi. In view of the evidence gathered and the investigations carried out, the examining judge drafts a statement of counts with the findings of fact, the infraction allegedly committed and the applicable sanctions.
- vii. The statement of counts is notified to the indicted judge, so that in the term of eight days he may file a statement of defense and offer additional evidence, which may or may not be accepted by the examining judge.
- viii. Following the statement of defense, or once the term for that purpose has elapsed, and having heard the public prosecutor, the examining judge

²¹ Judiciary Law, Article 296.2.

²² Judiciary Law, Articles 417, 418, and 419, respectively.

submits a draft resolution clearly determining the facts, the legal considerations and the appropriate sanction to be imposed.

- ix. The indicted judge can make any defense allegations to the draft resolution.
 - x. The file is then dispatched for resolution with the authority within the General Council of the Judiciary that decreed the opening of proceedings.
 - xi. The resolution must state the legal grounds for the decision rendered and may not take into account other facts than those ones which have been considered for the resolution given.
 - xii. The resolution is notified to both the indicted party and the public prosecutor. The public prosecutor may file either an administrative appeal or an appeal directly before the contentious-administrative jurisdiction. The indicted judge may only appeal before the contentious-administrative courts.
 - xiii. The sanction ruling will be enforceable when the administrative channels have been exhausted, despite the fact that a contentious-administrative appeal may have been lodged — unless the court orders its suspension.
- c) *Criminal responsibility*. As we saw, judges are subject to criminal responsibility not only for judicial malfeasance but also, as public authorities, for all other crimes affecting the public administration.²³

The criminal proceeding to determine such liability may be initiated in one of the following ways: *ex officio* by the competent court; by an action brought by the public prosecutor (*ministerio fiscal*); by an action brought by the victim; or through the exercise of a popular action.²⁴

The procedure then follows the relevant particularities in each case, in accordance to Spanish criminal procedural law. The competent investigating court shall carry out investigations to obtain information, evidence, and documentation, and then determine whether the action shall be brought to trial.

The criminal action may incorporate, if applicable, the civil liability action for the damage caused by the facts giving rise to criminal liability.

4. State patrimonial responsibility in the administration of justice

As previously mentioned, injured parties can seek damages from the state for harm caused by the judiciary following the provisions contained in Articles 292 to 296 of the Judiciary Law.

²³ Criminal Code, Articles 407 to 449.

²⁴ This institution, peculiar to the Spanish legal system and enshrined in Article 125 of the Constitution, allows Spanish natural or legal persons to bring a criminal action and be a party to the proceedings without having been offended or harmed by the crime.

A procedural distinction is made between damages caused by judicial errors, damages caused by pre-trial detention in cases in which the accused is eventually acquitted, and damages arising from an abnormal functioning of the administration of justice.²⁵ Among the differences, let us just highlight that the action for judicial error requires a final judgment declaring the existence of the error before claiming compensation, whereas responsibility for pre-trial detention in cases in which the accused is eventually acquitted and for abnormal functioning of the administration of justice arise directly from the allegedly harmful conduct.

It is the state administration — the Ministry of Justice — that grants or denies indemnity according to the general administrative procedural regulations — subject to general court review in the contentious-administrative jurisdictional order. The time limit to file the claim is one year from the date on which the relevant event occurred or became known. Quantum follows the full compensation principle: it must leave the victim unharmed, including not only actual damage (*daño emergente*) but also lost profits (*lucro cesante*).

- a) *Action for judicial error*. Neither the Spanish Constitution²⁶ nor the Judiciary Law²⁷ provide a specific definition of judicial error. According to the Supreme Court, the idea of judicial error refers to a decision by the courts that makes a gross, undisputable, objectively perceptible mistake. It can consist of a manifest confusion of the facts adjudicated; a negligently and patently mistaken application of a rule or law; or a decision that patently does not follow from the reasoning.²⁸

Judicial errors stem only from legal acts of judges — judgments, procedural decisions, interlocutory orders — in the exercise of jurisdiction, at any stage of the proceeding. Errors can be *in procedendo* or *in iudicando*. An *error in iudicando* can be an *error facti* (by assessing facts contrary to reality) or an *error iuris* (by misinterpreting or misapplying legal rules).

The aggrieved party must have exhausted the ordinary and extraordinary appeal remedies against the decision considered erroneous before entering in a procedure of judicial error.

The legal action for a judicial error to be declared must be brought within three months from the day in which such action could have been filed — a term not capable of being interrupted. The Supreme Court has jurisdiction to hear such claims: either the Division corresponding to the jurisdictional order in which the error was made, or a special, mixed chamber if the error was made by one of the Supreme Court Divisions.²⁹

25 A mistake in the legal qualification of the claim results in the claim being dismissed: see Judgment of the Supreme Court, Civil Division, of April 8, 2016.

26 Judiciary Law, Article 121.

27 Judiciary Law, Articles 292-297.

28 See, among others, Judgment of the Supreme Court, Civil Division, of December 30, 1995.

29 Judiciary Law, Article 61.

The procedure to substantiate this claim follows the procedure foreseen for judgment review (an action that allows to challenge final judgments that have become *res iudicata* in the presence of fraud or new evidence previously not available). Both the public prosecutor and the general state administration are parties to this proceeding.

Once the declaration of the judicial error has been obtained, the injured party can seek compensation with the Ministry of Justice, as mentioned above, and eventually with the courts of the contentious-administrative jurisdictional order.

- b) *Damages caused by pre-trial detention in cases in which the accused is eventually acquitted.* Article 294 of the Judiciary Law acknowledge an accused's entitlement to compensation if, after having been remanded in custody, he is acquitted, or the investigation is shelved. Damages must, of course, be duly established.
- c) *Abnormal functioning of the administration of justice.* Patrimonial responsibility of the state in the administration of justice is legally shaped as a case of strict liability: any damage arising from the functioning of public services must be compensated regardless of whether there is malpractice, malice, or negligence. The loss sustained must be real, ascertained in financial terms and sustained effectively by a person or a group. And there has to be a causal link between the functioning of the administration of justice and the damage or injury sustained. The causal relation is broken where the conduct of the injured party or a third party has been decisive in producing the damage, even though the functioning of the administration has been deficient.³⁰

Table 1. Cases of state responsibility upheld by the Ministry of Justice, 2017-2021.³¹

EXPEDIENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTIMADOS EN VÍA ADMINISTRATIVA CLASIFICADOS POR CAUSAS						
TIPO DE RESOLUCIÓN						
	Total	Desestimatorias	Estimatorias			Total
			Funcionamiento anormal	Prisión preventiva	Error judicial	
2017	525	364	148	7	6	161
2018	523	419	102	1	1	104
2019	1.139	1.056	79	2	2	83
2020	195	166	29	0	0	29
2021	433	320	131	0	2	113

30 Judiciary Law, Article 295.

31 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2021), available at <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

Table 2. Amounts paid for state responsibility by the Ministry of Justice and the contentious-administrative courts, 2017-2021.³²

IMPORTE PAGADO EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL			
	Importe pagado en vía administrativa	Importe pagado en vía contencioso-administrativa	Total
2017	1.318.122 €	1.089.147 €	2.407.269 €
2018	722.888 €	1.210.585 €	1.933.473 €
2019	3.484.896 €	934.492 €	4.419.388 €
2020	124.368 €	445.491 €	569.859 €
2021	802.735 €	1.486.968 €	2.289.703 €

II. Transparency in civil justice.

A. BASIC NOTIONS AND LEGAL FRAMEWORK.

The standards of accountability and transparency are among the most relevant factors to be considered when measuring the quality of any given justice system.

The relationship between accountability and transparency is eloquently explained — referring to any political or generally public activity — by the Preamble of the Spanish Law on Transparency:³³

Transparency, access to public information and standards of good governance must be the cornerstones of all political action. Only when the actions of public decision-makers are subjected to scrutiny, when citizens can know how the decisions that affect them are made, how public funds are managed, or under what criteria our institutions act, can we speak of the beginning of a process in which public authorities start to respond to a society that is critical, demanding, and that calls for the participation of public authorities.

Countries with higher levels of transparency and standards of good governance have stronger institutions that promote economic growth and social development. In these countries, citizens can better and more judiciously judge the capacity of their public decision-makers and decide accordingly. Allowing better oversight of public activity contributes to the necessary democratic regeneration, promotes the efficiency and effectiveness of the State, and favors economic growth.

The idea is that only when the citizens are well informed — thanks to the transparency of the institutions — can public authorities be held effectively accountable. Accountability needs and presupposes transparency.

32 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2021), available at <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

33 Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information, and good governance; Section I.

Legislation on transparency in the context of civil justice has not been specifically enacted in Spain. At the national level, the statute in force is the Law on Transparency; at the EU level, Article 11, para. 2, of the Treaty on European Union foresees that ‘the institutions shall maintain an open, transparent and regular dialogue with representative associations and civil society.’

Rather than on specific legislation regulating transparency in the context of civil justice, the effort has focused on the development of judicial statistics, which has grown in recent years to provide a growingly detailed and comprehensive picture of the functioning of civil justice.

As part of this effort at transparency, since 2015 the General Council of the Judiciary runs the ‘José Luis Terrero Chacón Transparency Portal’³⁴ — after the name of its founder and main promoter — with an aim at providing citizens with access to information on the General Council of the Judiciary, its activities, the use of public funds, the criteria and motives for its decisions, and other matters of public interest. Information in this webpage includes directory of judicial organs; estimation of average duration of judicial proceedings; compatibilities; data repository on corruption proceedings. It also includes comprehensive economic and financial information such as budgetary management; real estate assets; contracting; subsidies and agreements entailing economic obligations; remuneration and severance pay of judges and staff; declarations of assets of senior judicial posts, etc.

Table 3. General view of the ‘José Luis Terrero Chacón Transparency Portal’ of the Spanish General Council of the Judiciary.

Transparency Portal “José Luis Terrero Chacón”

This Transparency Portal of the General Council of the Judiciary was named José Luis Terrero Chacón by Resolution of the Permanent Committee on 17th March 2015, in tribute to the late General Secretary who was its principal promoter. It aims to provide citizens with access to information on the General Council of the Judiciary, its activity, the use of public funds, the criteria and motives for its decisions and other matters of public interest.

Under Article 5 of Law 19/2013, of 9th December, On Transparency, Access to Public Information and Good Governance, the General Council of the Judiciary periodically publishes updated information that we believe should be made available to ensure transparency concerning its work related to the operation and oversight of its public activity. Furthermore, we also publish additional information voluntarily, as set out in the Framework Collaboration Agreement between the CGPJ and Transparency International Spain on 2nd July 2014 and renewed on 7th September 2018 and again extended on 11th July 2022.

The limitations in Article 15 of Law 19/2013, Protection of Personal Information, apply to this information. Accordingly, information containing specially protected data is only made public after it has been anonymised.

*The information in this Transparency Portal is updated as of in **november 2022**.*



Institutional information



Regulations and
documentation
Information request



Good Governance, Judicial
Ethics and Judicial Ethics
Committee



Selection processes for
discretionary appointments
within judicial bodies

34 See http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.e3861fbe34a12841eabae273c684caa0/?vgnextoid=be82be46c7416410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=en&vgnnextfmt=default&lang_chosen=en.

Economic and Financial Activity



Activity of the CGPJ

- Agreements
Adopted by the Plenary and Committees
- Institutional agenda
Daily activities of the CGPJ
- Accords
Cooperation with other institutions
- Studies
Analyses carried out on various subjects
- Papers
Status, operation and annual activities
- Reports
About draft laws and other provisions

Transparency in justice

	Directory of judicial organs	SEE
	Data repository on corruption proceedings	SEE
	Compatibilities	SEE
	Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales	SEE
	Demarcation and judicial bodies	SEE
	Judicial Statistics Estudios e informes	SEE
	Sentences All Courts	SEE

The General Council of the Judiciary also publishes every year a comprehensive annual report³⁵ and a useful synthesis titled *Justice to Date*,³⁶ an annual summary publication, in Spanish and English, that offers a brief summary of available data on the status of the judicial system in the year, including: organization and means; workload and resolution; and quality of justice, adding as an appendix the key indicators of the year and even historical information about justice data and indicators available regarding 100 years earlier.

In addition, although not a normative instrument, the studies elaborated by CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice, a body of the Council of Europe) are worth highlighting. CEPEJ was set up in 2002 at the initiative of the European ministers of Justice as an innovative body for improving the quality and efficiency of the European judicial systems and strengthening the court users' confidence in such systems.

35 See <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/General-Council-of-the-Judiciary/Activity-of-the-CGPJ/Papers/>.

36 See https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.52faf2c47434aea9ace1b3d7c684caa0/?vgnextoid=2d58e95785108510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=en&vgnnextfmt=default&lang_chosen=en.

CEPEJ develops concrete measures and tools aimed at policy makers and judicial practitioners in order to (i) analyze the functioning of judicial systems and orientate public policies of justice; (ii) have a better knowledge of judicial timeframes and optimize judicial time management; (iii) promote the quality of the public service of justice; (iv) facilitate the implementation of European standards in the field of justice; and (v) support member states in their reforms on court organizations. CEPEJ also contributes with specific expertise to debates about the functioning of the justice system in order to provide a forum for discussion and proposals and bring the users closer to their justice system.³⁷

B. Transparency duties.

Sectorial rules contain specific obligations of transparency in terms of contracts, subsidies, budgets, or activities of senior officials.

However, there are not specific rules regarding transparency in the judicial system as such. In the judicial accountability regime, for instance, the use of resources and transparency in judicial procedures is absent from the list of infractions giving rise to disciplinary responsibility.

The above-mentioned Law on Transparency entered into force in 2013 with the aim of promoting active publicity obligations:³⁸

Regarding institutional, organizational, and planning information, it [the Law on Transparency] requires the subjects within its scope of application to publish information regarding the functions they perform, the regulations applicable to them and their organizational structure, as well as their planning instruments and the assessment of their degree of compliance. As regards information of legal relevance that directly affects the scope of relations between the Administration and citizens, the law contains a wide repertoire of documents that, when published, will provide greater legal certainty. Likewise, regarding information of economic, budgetary, and statistical relevance, a broad catalogue is established that must be accessible and understandable for citizens, given its character as an optimum instrument for the control of the management and use of public resources.

The main practical consequence of this Law (and generally the trend towards greater transparency) in the judicial system is a greater consciousness of the importance of comprehensive data collection, processing, and publication. Practical outcomes are, within the competence of the General Council of the Judiciary, more comprehensive and refined annual reports³⁹; the elaboration of the useful synthesis titled *Justice to*

37 See <https://www.coe.int/en/web/cepej/about-cepej>.

38 Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information, and good governance, Preamble; Section I.

39 See <https://www.poderjudicial.es/cgpij/en/Judiciary/General-Council-of-the-Judiciary/Activity-of-the-CGPIJ/Papers/>.

Date;⁴⁰ and the launching in 2015 of the 'José Luis Terrero Chacón Transparency Portal',⁴¹ with an aim at providing access to detailed information on the justice system.

Besides, individuals and companies may at all times exercise their right to access to information. Article 12 of the Law on Transparency provides, in effect, that 'all persons have the right to access public information, in the terms provided for in Article 105.b) of the Spanish Constitution, developed by this Law.' Exercise of this right is free and can only be limited in very specific situations (i.e., national security).

The specific procedure to exercise this right is regulated by Article 17 of the Law on Transparency:

Article 17. Request for access to information.

1. The procedure for exercising the right of access shall begin with the filing of the corresponding request, which shall be addressed to the owner of the administrative body or entity that holds the information. In the case of information held by natural or legal persons providing public services or exercising administrative powers, the request shall be addressed to the Administration, body or entity referred to in Article 2.1 to which they are linked.
2. The request may be presented by any means that allows for proof of: a) the identity of the applicant, b) the information requested, c) a contact address, preferably electronic, for communication purposes, d) where applicable, the preferred method for accessing the information requested.
3. The applicant is not obliged to motivate his request for access to the information. However, he may state the reasons why he requests the information, which may be taken into account when the decision is issued. However, the absence of a statement of reasons shall not in itself be a reason for the rejection of the request.
4. Requests for information may be addressed to the Public Administrations in any of the co-official languages of the State in the territory in which the Administration at stake is located.

Finally, the Law on Transparency also created the Council for Transparency and Good Governance (*Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*), with full legal personality and capacity to act.⁴² The purpose of this administrative body is to promote the transparency of public activity, ensure compliance with publicity obligations, safeguard the exercise of the right of access to public information, and ensure compliance with good governance

40 See http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.52faf2c47434aea9ace1b3d7c684caa0/?vgnextoid=-2d58e95785108510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=en&vgnnextfmt=default&lang_choosen=en.

41 See http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.e3861fbc34a12841eabae273c684caa0/?vgnextoid=be82be46c7416410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=en&vgnnextfmt=default&lang_choosen=en.

42 Law on Transparency, Article 33.

provisions (Article 34). Among its functions, the Council will adopt recommendations for better compliance with the obligations contained in this Law, advice on transparency, access to public information, and evaluate the degree of application of the Law.⁴³ To this end, it will draw up an annual report containing information on compliance with the envisaged obligations, which will be submitted to the Parliament (*Cortes Generales*).

C. Remedies and procedure.

Only the competent authority has the power to monitor compliance with the state's transparency obligations. Thus, if an individual wants to remedy a situation of non-compliance, he must bring the issue with the Council of Transparency and Good Governance. As stated in Article 24 of the Law on Transparency:

1. Any express or presumed resolution regarding access may be appealed to the Council on Transparency and Good Governance, on an optional basis and prior to its contentious-administrative challenge.
2. The claim shall be filed within one month from the day following the notification of the challenged act or from the day following that on which the effects of administrative silence occur.
3. The processing of the claim shall be in accordance with the provisions on appeals in Law 30/1992, of November 26, on the Legal System for the Public Administrations and Common Administrative Procedure.

When the denial of access to information is based on the protection of the rights or interests of third parties, prior to the resolution of the claim, a hearing procedure shall be granted to the persons who may be affected so that they may assert what their right agrees.

4. The maximum period for resolving and notifying the resolution shall be three months, after which the claim shall be deemed rejected. ...

III. COURT ORGANIZATION.

A. Court structure in civil justice.

All Spanish courts form part of the same and only organization and exercise the same jurisdictional power. In the words of the Constitution:

Article 117.1

Justice emanates from the people and is administered on behalf of the King by judges and magistrates, members of the Judicial Power and who are independent, have fixity of tenure, are accountable, and are subject only to the rule of law.

⁴³ Law on Transparency, Article 38.

Since justice is rooted in indivisible national sovereignty,⁴⁴ Article 117.5 proclaims that ‘the principle of jurisdictional unity is the basis of the organization and operation of the courts.’

This principle of unity of the judiciary is compatible with the functional organization of the judicial system *horizontally* in branches or jurisdictional orders and *vertically* in courts of first instance and appeal. Both functional divisions reunite at the Supreme Court, the peak of the judicial pyramid. According to Article 123.1 of the Constitution, ‘the Supreme Court, with jurisdiction over the whole of Spain, is the highest judicial body in all branches of justice, except with regard to the provisions concerning constitutional guarantees.’

The decisions about how to establish and organize the different jurisdictional orders and actual courts rests with the legislator. At present, in accordance with Article 9 of the Judiciary Law, Spain has four different jurisdictional orders: civil, criminal, administrative, and labor.

Focusing on civil justice, courts of the civil jurisdictional order will hear all civil and commercial matters as well as all others not assigned to a specific jurisdictional order. Regarding court structure and hierarchy, the civil order has both single-judge (*juzgados*) and collegiate courts (*tribunales*). The hierarchy is presented as follows (in ascending order):⁴⁵

1. Single-judge courts

- a) Justices of the Peace (*Juzgados de Paz*). These courts exist only in very small towns; they do not exist where there is a First Instance Court. Their subject-matter jurisdiction is extremely limited.
- b) First Instance Courts (*Juzgados de Primera Instancia*). In each judicial district there are one or more First Instance Courts — in small districts acting also as Criminal Investigating Courts. They are referred to by the name of the district and numbered consecutively (i.e., Juzgado de Primera Instancia № 7 de Madrid). First Instance Courts hear all civil and commercial matters that are not specifically vested in other courts. They have specific competences as well, such as — among many others — requests for the recognition and enforcement of foreign judgments. They act also as courts of appeal from decisions of the Justices of the Peace of their judicial district.
- c) Commercial Courts (*Juzgados de lo Mercantil*). These courts were created in 2003 to hear bankruptcy proceedings and certain additional matters expressly indicated by law (unfair competition, industrial property, trademarks, and general conditions of contract, among others).

⁴⁴ Spanish Constitution, Article 2.

⁴⁵ The specification of the courts that form each jurisdictional order is governed by Articles 53 to 103 of the Judiciary Law.

2. Collegiate courts

- d) Provincial Courts (*Audiencias Provinciales*). Provincial Courts have jurisdiction over the territory of a province. Normally they have their seat in the capital of the province, but divisions are possible to serve certain districts. The Provincial Courts' most important competence within the sphere of civil matters is to hear appeals against the rulings given by the First Instance Courts within the province.
- e) High Courts of Justice (*Tribunales Superiores de Justicia*). The High Courts of Justice, or more precisely their Civil and Criminal Divisions, have jurisdiction over their respective regions. They are competent to hear cassation appeals against judicial decisions made in the territory of the region in application of their regional law, where this exists. In addition to this, they hear, in a sole instance, civil liability suits for actions carried out by specific individuals — members of the government and the parliament of that region — in their discharge of office. They are also competent to deal with specific issues, e.g. the setting aside of arbitral awards given in the region.
- f) Supreme Court (*Tribunal Supremo*). The Supreme Court has its seat in Madrid, has jurisdiction over the entire Spanish territory, and is the highest court in all jurisdictional orders, except with regard to constitutional guarantees. It is composed of five ordinary Divisions (*Salas*): First Division, Civil; Second Division, Criminal; Third Division, Administrative; Fourth Division, Labor; and a Fifth Division, Military.

The First, Civil Division (*Sala Primera, de lo Civil*) of the Supreme Court has ten justices or *Magistrados*. The justices ordinarily through two chambers or sections (*Secciones*) made up of five judges, without any separate functions. In important cases, the justices gather en banc, in plenary session (*Pleno*).

The Civil Division of the Supreme Court is competent over cassation appeals and extraordinary appeals for procedural infringements. It also hears cases of liability in tort arising from actions carried out in office by some specific individuals (among others, the presidents of the Government, both Houses, the Supreme Court, the General Council of the Judiciary, the Constitutional Court).

Important for the purposes of this study is Article 61.1, para. 5, which sets up a special chamber in the Supreme Court — common to all jurisdictional orders — to hear claims for the declaration of a judicial error.

3. The Constitutional Court

- g) Constitutional Court (*Tribunal Constitucional*). The 1978 Constitution, currently in force, created the Constitutional Court,⁴⁶ which private parties can directly

⁴⁶ The Constitutional Court is regulated in Articles 159 to 165 of the Spanish Constitution and also in the Organic Law 2/1979, of October 3, of the Constitutional Court.

access for the protection of their rights through the constitutional protection appeal (*recurso de amparo*).

The Constitutional Court is not, strictly speaking, part of the judicial system. However, since fundamental rights permeate private law and civil litigation, the doctrine arising from the Supreme Court judgments no longer suffices to provide a complete, accurate picture of the interpretation of the law on a given subject; the case law of the Constitutional Court needs to be taken into consideration as well. In a way, and within its scope, *amparo* operates like a cassation's cassation, which means four instances: two ordinary and two extraordinary instances.

However, as mentioned, constitutional jurisdiction is special (thus contravening, to some extent, the principle of the unity of jurisdiction). The Constitutional Court does not fully enjoy the guarantees for independence of ordinary courts, including the Supreme Court: there is more room for political discretion in the selection of the members of the Constitutional Court than in the selection of the Supreme Court judges. Out of its twelve members — who do not need to be judges but, more generally, jurists —, four are selected by the Congress (*Congreso de los Diputados*), four by the Senate (*Senado*), two at the proposal of the Government and two at the proposal of the General Council of the Judiciary.

B. Civil procedure.

The Spanish Civil Procedure Law⁴⁷ articulates two different channels for civil litigation: the so-called 'ordinary' and 'oral' proceedings. Ordinary proceedings constitute the procedural channel by default; oral proceedings are reserved for certain special cases *ratione valoris* (claims of up to euro 6,000) but also sometimes *ratione materiæ* (thirteen types of claims, such as eviction for non-payment of rent).

The ordinary proceeding, nonetheless, is the main type of civil procedure, which draws the main pattern of civil litigation in Spain. Let us summarize its structure.

The proceeding is initiated by a statement of claim (*demanda*), which needs to be signed by both an attorney (*abogado*) and a court agent and representative (*procurador de los tribunales*). The claim must contain all the basic procedural requirements stated by law and particularly to set precisely the relief that is being sought (Article 399 of the Code of Civil Procedure). This is particularly important as the relief sought cannot be substantially altered at a subsequent stage, without prejudice to clarifications and supplementary allegations.

Once the claim has been filed, the *letrado de la administración de justicia* (the civil servant in charge of procedural activity as distinguished from the exercise of jurisdic-

⁴⁷ Law 1/2000, of January 7, on Civil Procedure (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).

tional authority) reviews whether it complies with all necessary procedural requirements and, if that is the case, declares it admissible and serves notice to the defendant.

The defendant has 20 business days to file an answer to the claim (*contestación a la demanda*), drafted in the same manner as provided by law for the claim. The defendant is expected to clearly admit or deny the facts and put forward the defenses, including any affirmative defenses. The defendant can also file a counterclaim, which the plaintiff will be given the opportunity of responding.

If the defendant wishes to challenge jurisdiction, they need to formulate a declinatory plea (*declinatoria*) within 10 days following the notification of the claim.

Once the answer to the claim — or, if applicable, to the counterclaim — has been filed, the parties are summoned to a preliminary hearing (*audiencia previa al juicio*).⁴⁸

In the preliminary hearing, the parties — or, as it more frequently happens, their court representatives — and their attorneys discuss important procedural questions orally in front of the judge. Firstly, procedural issues — regarding, e.g., legal capacity, joinder of parties, *res iudicata* or *lis pendens*, etc. — are discussed and cured if possible. Then the terms of the debate are definitively fixed by precisely identifying disputed facts, allowing clarifications, supplementary allegations, additional documents, etc. Finally, if there are disputed facts, evidence is offered by the parties and accepted or denied by the judge, and a date is set for trial.

In the trial, evidence is taken — parties, witnesses, experts are examined by counsel and the judge — following the principles of concentration, orality, and immediacy, always respecting the principles of equality of arms and bilateral hearing.⁴⁹ Once the evidence has been taken, counsel formulate their conclusions orally and the case is remitted for decision.

The judgment is given in written form, setting with precision what is awarded and what is denied and stating the reasons for the decision.

The judgment is immediately and provisionally enforceable even if an appeal has been lodged.

C. Judges and administrative personnel.

Both judges and administrative personnel work in each court.

1. Judges

According to Article 298.1 of the Judiciary Law,

48 Code of Civil Procedure, Articles 414 ff.

49 Code of Civil Procedure, Articles 431 ff.

1. Jurisdictional functions in courts of any nature contemplated in this Law will be solely exercised by professional judges which are members of the judicial career.

2. Alternate magistrates, surrogate judges and justices of the peace also perform jurisdictional functions although they do not belong to the judicial career, and they will discharge their duties in compliance with this Law, although not as tenured judges but as provisional offices.

Therefore, with exceptions such as the justices of the peace, the jurisdictional function is only exercised by professional judges who are members of the judicial career.

The access to the judicial career in Spain⁵⁰ is based on the principles of merit and capacity. The governing body is the General Council of the Judiciary. The selection process guarantees objectivity, transparency, and equal access to all citizens who meet the necessary capacity, academic background, and professional suitability.

Access may take place in any of the three categories that make up the judicial career, namely (in ascending order): judge (*juez*), magistrate (*magistrado*), and Supreme Court justice (*magistrado del Tribunal Supremo*).

Candidates sit a rigorous public state examination (*oposición*) and, if they succeed, a practical course at the Judiciary School (a center of studies dependent from the General Council of the Judiciary). Notice of the exam — which is common to access judicial and public prosecutor positions — refers to all existing vacancies at that time and an additional number in order to cover the ones which may foreseeably occur until the next public exam is held. The selection committee includes a member of the General Council of the Judiciary and a senior public prosecutor, who will preside the committee annually by turns. The other members include a judge, a prosecutor, the director of the Judicial School, the director of legal studies of the administration of justice, a member of the technical bodies of the General Council of the Judiciary, and a senior officer of the Ministry of Justice. One of the latter two acts alternatively as secretary to the committee.

According to the CEPEJ report, a competitive exam is the most common way of recruiting judges, chosen by 34 European states and entities: 16 as the exclusive way (Albania, Andorra, Armenia, Austria, Bulgaria, Czech Republic, France, Germany, Greece, Italy, Republic of Moldova, Monaco, Romania, Serbia, Spain, Turkey) and 18 in combination with another procedure that hires legal professionals with long term experience.

Successful candidates, in the order of their score in the state exam, choose for either the judicial or the prosecutors' career.

Besides this selection process based on a state exam, the law also allows for legal practitioners of acknowledged reputation to access the judicial career as senior judges, including Supreme Court justices, in the manner and number established by law.

50 Judiciary Law, Articles 301 ff.

2. *Administrative personnel*

The new procedural and organizational model of civil justice gravitates around a new provincially centralized bureaucratic office, the *servicio común*, set up by the state or regional executives to handle cases. The *servicio común* is headed and staffed mainly by members of a new state corps of civil servants that has replaced the old state corps of court secretaries: the *letrados de la administración de justicia*. With the only exception of hearings and major decisions, the *servicio común* and its *letrados* handle the entire procedure autonomously and liaise directly with the parties' attorneys largely without judicial supervision, as clarified below.

Special bodies such as forensic, toxicologists, laboratory assistants, and the judicial police must be mentioned as well.

D. COURT MANAGEMENT.

We must describe, even in big strokes, the radical transformation that Spanish justice is undergoing regarding case and court management and generally judicial administration.⁵¹

The traditional first instance court model was unipersonal. A judge led and presided over the court's office (*juzgado*) and worked with the assistance of the relevant staff: a court secretary (*secretario judicial*, broadly equivalent to the French *greffier*) and other assistant officials. No such thing as a provincial *First Instance Court of Seville* existed, but rather the different Seville First Instance Courts № 1, № 2, № 3, etc. These courts were specialized according to their jurisdictional order (civil, criminal, administrative, labor) and sub-specialized in different ways (insolvency, family, etc.), as provided by law or decided by one of those courts acting as the provincial coordinating authority. The different courts of appeal (up to the Supreme Court) were the only truly *collective* entities.

Organic reforms dated 2003, 2009, and 2015 profoundly altered this model and designed an entirely new organization, still in the process of being implemented. The new model distinguishes three types of activity: (a) 'procedural' activity: the handling of lawsuits in everything except judgments and other important decisions; (b) 'jurisdictional' activity: the power to make judgments and other important decisions; and (c) 'administrative' activity: the management of human resources, buildings, computer media, and other material means.

The procedural cornerstone of the new model is (a): the so-called 'procedural' activity. A provincially centralized office (*servicio común procesal*) now handles the law-

51 For a detailed analysis of this process and its constitutional implications, with a comparative study with France, Germany, and England and Wales, see DE BENITO, M., *Justicia o burocracia*, Civitas Thomson Reuters: Cizur Menor, 2017 (foreword by TARUFFO, M.), partially available at https://www.academia.edu/35315834/JUSTICIA_O_BUROCRACIA.

suits. This new office does not include judges. In fact, it is physically separate from the old courts, where judges remain. The *servicio común* is staffed with a new state corps of civil servants that has replaced the old state corps of court secretaries: the *letrados de la administración de justicia*.

With the only exception of hearings and major decisions, as mentioned, the *servicio común* and its *letrados* handle the entire procedure autonomously and liaise directly with the parties' attorneys without judicial supervision — notwithstanding the possible appeal from the *letrados*' decisions. The structure of the new corps is strongly hierarchic and based on the discretionary appointment of all members holding directive positions. The *letrados* are assisted by inferior categories of civil servants.

With the only exception of hearings and major decisions, the *servicio común* handles the entire procedure autonomously and liaises directly with the parties' attorneys without judicial supervision (apart from the possible appeal from the *letrados*' decisions).

The structure of the new corps is strongly hierarchical and based on the discretionary appointment of all members holding directive responsibilities. The *letrados* are assisted by lesser categories of civil servants.

Once 'processed,' the file is sent to the judge, who will hold the hearing or make the decision, assisted by a narrower group of civil servants (*unidad procesal de apoyo directo*). This decision-making power — in the strict sense — constitutes the new narrow meaning of (b): 'jurisdictional' activity.

Beside these two basic units, a third one (*unidad administrativa*) manages human resources, buildings, computer media, and material means; in a word, this unit carries out (c): 'administrative' activity as such.

The idea of 'court' has therefore been dramatically altered over the last two decades. The complete disappearance of the old unipersonal courts seems to be only a matter of time, as the new model continues to be implemented — at different speeds depending on the regions.

Three constitutional or political entities share the responsibility for those activities:

- a) The General Council of the Judiciary (*Consejo General del Poder Judicial*) was created by the 1978 Constitution, currently in force, in order to reinforce judicial independence:

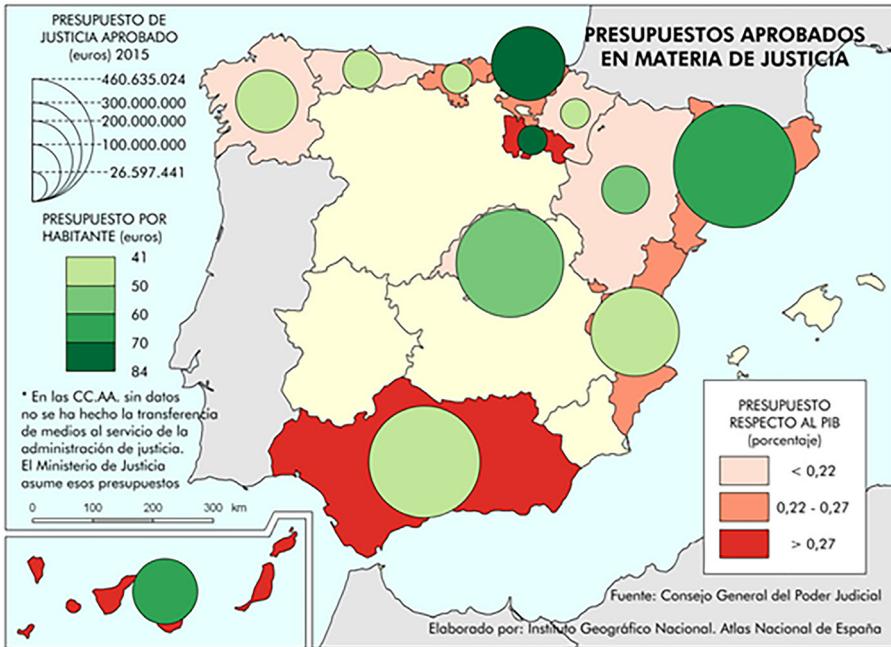
Article 122

- 1 The Organic Law of the Judiciary shall determine the setting up, operation and control of the Courts and Tribunals as well as the legal status of professional Judges and Magistrates, who shall form a single body, and of the staff serving in the administration of justice.

- 2 The General Council of the Judiciary is its governing body. An organic law shall set up its statutes and the system of incompatibilities applicable to its members and their functions, especially in connection with appointments, promotions, inspection and the disciplinary system.
 - 3 The General Council of the Judiciary shall consist of the President of the Supreme Court, who shall preside it, and of twenty members appointed by the King for a five-year term, amongst whom shall be twelve judges and magistrates of all judicial categories, under the terms established by the organic law; four nominated by the Congress of Deputies and four by the Senate, elected in both cases by three-fifths of their members from amongst lawyers and other jurists of acknowledged competence and over fifteen years of professional experience.
- b) The Ministry of Justice (*Ministerio de Justicia*) discretionally appoints the *letrados* that will preside over the different *servicios comunes*, in consultation with the Regional Secretary of Justice — if there is one — where the office is located. The Ministry of Justice also manages the budget together with the regions with the relevant competences.
 - c) The Regional Secretaries of Justice (*Consejeros de Justicia de las Comunidades Autónomas*). Even though justice is constitutionally declared to be an exclusive competence of the central state, the Constitutional Court allowed for the regions to have competence over the ‘administration of the administration of justice’ — the expression was coined precisely to *qualify* the constitutional declaration of justice as an exclusive competence of the central state and allow the transfer to take place. Not all regions have assumed competences over justice (*rectius*, the ‘administration of the administration of justice’). As a result, some regions have competences over justice, and some do not — and the scope of the competences differs from region to region. This can be graphically seen in Table 2.

The regions that have assumed those competences have notably increased their powers in the new model, as they are responsible for the design, creation, and organization of both the centralized procedural offices (*servicios comunes procesales*) and the administrative units (*unidades administrativas*), as well as the working hours, organization, management, inspection, and management of personnel serving these units.

Table 4. Regions with competences over justice
(with a green circle indicating the justice budget per capita in those regions).⁵²



In the new model, the role of the executive branch in the administration of justice — both the Ministry of Justice and the Regional Secretaries of Justice — has been strongly reinforced. The decisions regarding human, electronic, and material resources are now essentially made on a political level:

- By consensus between *both* the Ministry of Justice *and* the Regional Secretaries of Justice in the most important matters, which decisions will then be implemented by the hierarchical, discretionally appointed *letrados*; or
- By *either* the Ministry of Justice *or* the Regional Secretaries of Justice in their respective territorial areas of influence, which decisions will then be implemented by the *letrados*, one of whose functions is precisely to coordinate the instructions coming from the two political entities; or
- By the administrative units (*unidades administrativas*) themselves, concerning the day-to-day management, these units being created by either the Ministry of Justice or the Regional Secretaries of Justice in their respective territorial areas of influence, and presided by a *letrado*.

52 Source: CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN GEOGRÁFICA (with data from the General Council of the Judiciary), available at http://centrodedescargas.cnig.es/CentroDescargas/busquedaRedirigida.do?ruta=PUBLICACION_CNIG_DATOS_VARIOS/aneTematico/Espana_Presupuestos-aprobados-en-materia-de-justicia_2015_mapa_16148_spa.zip.

For instance, the transition to a paperless justice has been one of the most important and expensive undertakings in the sector. As such, it is being led by the Ministry of Justice, which offers assistance to those regions with justice administration competences. Some regions have adopted the same system as the Ministry; some have preferred a system of their own.

E. The judiciary in the constitutional system.

The judiciary in Spain has a central role in both the legal and political structure.

The constitutional structure is marked by the principle of separation of powers (*división de poderes*). The Congress and the Senate exercise the legislative power of the State.⁵³ The Government exercises executive and statutory authority in accordance with the Constitution and the law.⁵⁴ The judiciary is proclaimed as a truly third power of the state, separate from the rest.

A good example of the strength of the judiciary in Spanish social, economic, and political life is the constitutional protection appeal (*recurso de amparo*) that any injured party can bring directly before the Constitutional Court. The Court is therefore not limited to analyzing the constitutionality of laws — *principaliter* through unconstitutionality recourses and *incidenter* through questions of constitutionality —, but also is open to litigating parties through the *recurso de amparo*. Indeed, constitutional protection appeals soon became the main source of work of the newly created Constitutional Court. In 2006, constitutional protection appeals made up 11,471 out of the 11,741 incoming matters (i.e., 97.7 per cent). The workload problem was so pressing that in 2007 *amparo* was reformed to grant the Court power to grant or deny leave by assessing whether the case presents special constitutional importance (*especial trascendencia constitucional*, defined by reference to the interpretation and application of the Constitution or to the determination of the contents and scope of fundamental rights)⁵⁵ discretionally and essentially without providing reasons.⁵⁶ The fact remains that the role of the Spanish Constitutional Court is not limited to analyzing the constitutionality of laws, but actually partakes in the administration of justice.

The vitality of the Spanish judiciary is further reflected in the so-called popular action (*acción popular*), which recognizes all citizens — and not only the injured party and the public prosecutor — legal standing to bring criminal actions.⁵⁷ The *acción popular* allows a criminal accusation to be brought even if political pressures reached the point of preventing a public prosecutor from exercising its legal function to prosecute crimes.

53 Spanish Constitution, Article 66.2.

54 Spanish Constitution, Article 97.

55 Organic Law 2/1979, of October 3, of the Constitutional Court, Article 50.1.b).

56 Organic Law 2/1979, of October 3, of the Constitutional Court, Article 50.3.

57 Spanish Constitution, Article 125; Royal Decree of September 14, 1882, whereby the Criminal Procedure Code (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*) is approved.

The judiciary also plays a noteworthy role in the political structure. In our legal system there are not, in theory, any areas that are exempt from judicial scrutiny. Indeed, there are significant examples of independent judicial investigations of criminal cases in relation to political parties being in government — both at the central and regional levels, and in all areas of the political spectrum —, sometimes with far-reaching political effects.

F. FUNDING.

The complex organization of Spanish justice hinders the accounting of expenditure. The public justice budget in Spain is made up of the sum of the budgets of the central administration (including the Ministry of Justice and the General Council of the Judiciary) and the regions with competences over justice. However, there is no single consolidated national initial budget covering all justice administrations. There are not even uniform criteria to determine what expenses should be accounted to justice. Regional justice budgets appear often combined with non-justice items.

With these caveats, the General Council of the Judiciary gathers every year the scattered information existing in the matter to offer the most approximate picture of the Spanish aggregate justice budget. Table 5 summarizes these figures and Table 6 shows the proportion of the aggregate budget that corresponds to the General Council of the Judiciary, the Ministry of Justice, and the Regional Secretaries of Justice.

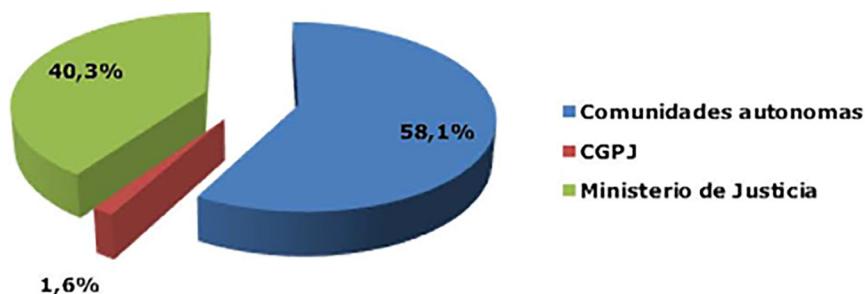
Table 5. Budget corresponding to the Regional Secretaries of Justice in regions with competences over justice administration (Comunidades Autónomas), the General Council of the Judiciary (Consejo General del Poder Judicial), and the Ministry of Justice (Ministerio de Justicia) (in €).⁵⁸

PRESUPUESTOS APROBADOS ²¹

	2020	2021	Evolución 2020/2021
Andalucía	514.340.652	526.475.509	2,4%
Aragón	76.620.670	81.552.168	6,4%
Asturias, Principado de	57.809.614	61.540.990	6,5%
Canarias	166.247.661	168.472.282	1,3%
Cantabria	34.049.058	34.560.810	1,5%
Cataluña	515.335.790	516.335.790	0,0%
Com. Valenciana	343.915.290	369.927.110	7,6%
Galicia	156.314.058	161.278.080	3,2%
Madrid, Comunidad de	466.016.488	466.016.488	0,0%
Navarra, Com. Foral de	32.982.032	34.385.553	4,3%
País Vasco	189.721.590	199.160.914	5,0%
Rioja, La	20.187.880	21.342.739	5,7%
Total Comunidades Autónomas	2.573.540.783	2.640.048.433	2,6%
Consejo General del Poder Judicial	58.126.140	73.013.820	25,6%
Ministerio de Justicia	1.638.250.450	1.832.645.880	11,9%
TOTAL NACIONAL	4.269.917.373	4.546.708.133	6,5%

58 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2021), available at <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>, page 28.

Table 6. Proportion of the aggregate budget corresponding to the Regional Secretaries of Justice in regions with competences over court administration (Comunidades Autónomas), the General Council of the Judiciary (CGPJ), and the Ministry of Justice (Ministerio de Justicia).⁵⁹



Altogether, the justice budget per capita has ranged from € 51.90 in 2004⁶⁰ to € 84.4 in 2017 and € 95.5 in 2021.⁶¹

As a percentage of GDP per capita, the budget in justice per capita represented 0.26% in 2004, 0.34% in 2013,⁶² still 0.34% in 2017, and 0.38% in 2021.⁶³

Table 7. Overall justice budget in Spain with respect to the GDP.⁶⁴

	% Presupuesto en justicia respecto al PIB ²²	Presupuesto en justicia por habitante (euros)
Andalucía	0,35%	62,1
Aragón	0,23%	61,5
Asturias, Principado de	0,29%	60,8
Canarias	0,43%	77,5
Cantabria	0,27%	59,1

59 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2021), available at <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>, page 28.

60 See GUTIÉRREZ LÓPEZ, F., *Gasto público y funcionamiento de la justicia en España entre 2004 y 2013*, doctoral thesis, 2015, available at <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/39799/Tesis.%20Francisco%20Gutierrez%20López.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

61 See CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2017, 2021), available at <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

62 See GUTIÉRREZ LÓPEZ, F., *op. cit.*

63 See CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2017, 2021), available at <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>.

64 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato' (2021), available at <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>, page 29.

% Presupuesto en justicia respecto al PIB ²²		Presupuesto en justicia por habitante (euros)
Cataluña	0,24%	66,5
Comunitat Valenciana	0,35%	73,1
Galicia	0,27%	59,8
Madrid, Comunidad de	0,22%	69,0
Navarra, Com. Foral de	0,18%	52,0
País Vasco	0,30%	90,0
Rioja, La	0,26%	66,7
TOTAL NACIONAL	0,38%	95,9

There is no directly available information as regards the detailed budget by court, which should consolidate the many different items of expenditure — judicial salaries, salaries of personnel from different administrations, valuations of real estate in ownership, leases, material means, etc. — that come together in a given court.

The latest CEPEJ report⁶⁵ offers an accurate view of the resources available in the judicial systems of different European countries.

For instance, regarding the public budgets allocated to the judicial systems in 2018, Spain destined € 95.9 per inhabitant (see Table 7), which is above the European average (€ 72)⁶⁶ but far away from countries such as Germany (well above € 100) or Switzerland (above € 200).

Table 8. Judicial system budget in € per inhabitant and GDP per inhabitant.⁶⁷



65 CEPEJ, ‘European Judicial Systems. Efficiency and Quality of Justice’ (2020), available at <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-2018-data-wb-003-/1680a04338>.

66 CEPEJ, ‘European Judicial Systems. Efficiency and Quality of Justice’ (2020), available at <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-2018-data-wb-003-/1680a04338>, page 7.

67 CEPEJ, ‘European Judicial Systems. Efficiency and Quality of Justice’ (2020), available at <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-2018-data-wb-003-/1680a04338>, page 8.

the very constitutionality of the new model, the process continues to be implemented with the consensus of all the most relevant political parties in both state and regional levels.

Another example is the debate over the method to select the members of the General Council of the Judiciary. The General Council of the Judiciary is composed of a President — who is also the President of the Supreme Court — and 20 members. Even though the Constitution foresaw that 12 would be elected by the judges themselves, a reform of the of the Judiciary Law in 1985 established that the 20 members would be elected by the Congress and the Senate: 12 among judges and eight among jurists of recognized competence. This led to politization in the selection and functioning of this constitutional body, which risks mirroring political majorities, alliances, and loyalties.

However, all things considered, we can affirm that Spanish judiciary — particularly in the civil order — is as a matter of fact independent and relatively free of corruption and politization.

Let us make an additional effort at synthesizing the main findings of this study. Judicial independence in Spain enjoys full, strong constitutional and legal protection, from the method of recruiting judges up to the self-governing General Council of the Judiciary. Judicial accountability, the other side of the coin of independence, is similarly well developed by means of a comprehensive system of civil, disciplinary, and administrative individual and state responsibility — as well as a growingly detailed and accessible system to ensure transparency at all levels of the judiciary.

LIST OF TABLES.

Table 1. Cases of state responsibility upheld by the Ministry of Justice, 2017-2021.

Table 2. Amounts paid for state responsibility by the Ministry of Justice and the contentious-administrative courts, 2017-2021.

Table 3. General view of the ‘José Luis Terrero Chacón Transparency Portal’ of the Spanish General Council of the Judiciary.

Table 4. Regions with competences over justice (with a green circle indicating the justice budget per capita in those regions).

Table 5. Budget corresponding to the Regional Secretaries of Justice in regions with competences over justice administration (Comunidades Autónomas), the General Council of the Judiciary (Consejo General del Poder Judicial), and the Ministry of Justice (Ministerio de Justicia) (in €).

Table 6. Proportion of the aggregate budget corresponding to the Regional Secretaries of Justice in regions with competences over court administration (Comunidades Autónomas), the General Council of the Judiciary (CGPJ), and the Ministry of Justice (Ministerio de Justicia).

Table 7. Overall justice budget in Spain with respect to the GDP.

Table 8. Judicial system budget in € per inhabitant and GDP per inhabitant.

Table 9. Judges per 100,000 inhabitants.

BASIC BIBLIOGRAPHY.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 'Justicia Dato a Dato,' available at https://www.poder-judicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.52faf2c47434aea9ace1b3d7c684caa0/?vgnextoid=2d58e95785108510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=es&vgnnextfmt=default&lang_chosen=es.

DE BENITO, M., *Justicia o burocracia*, Civitas Thomson Reuters: Cizur Menor, 2017 (foreword by TARUFFO, M.), partially available at https://www.academia.edu/35315834/JUSTICIA_O_BUROCRACIA.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, F., *Gasto público y funcionamiento de la justicia en España entre 2004 y 2013*, doctoral thesis, 2015, available at <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/39799/Tesis.%20Francisco%20Gutierrez%20López.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

CEPEJ, 'European Judicial Systems. Efficiency and Quality of Justice,' in *CEPEJ Studies*, Issue 26, 2018 (using data of 2016), available at <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

**Sistemas de repartição federativa
de competências jurisdicionais:
subsidiariedade, igualdade e inexistência
de hierarquia entre entes federados.
O federalismo e o Judiciário brasileiro¹**

Federative division of court jurisdiction: subsidiarity, equality and
inexistence of hierarchy between federative entities.
Federalism and the Brazilian judiciary.

Paula Sarno Braga

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Bahia (UFBA)
and at the Baiana Faculty of Law, Brazil. Ph.D. and Master in Laws (UFBA).

¹ Este artigo é resultado dos estudos do estágio de pós-doutoramento realizado junto à UERJ, sob a supervisão do Professor Associado Antonio do Passo Cabral, e, portanto, produto das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, vinculado à Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bem como produto das atividades do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, ambos cadastrados no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (respectivamente, nos links <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/91937>, e dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esses grupos são membros fundadores da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

RESUMO: Trata-se de ensaio que visa analisar o federalismo brasileiro na óptica do Poder Judiciário, de forma a identificar que um federalismo cooperativo (e transfederal) deve assegurar a repartição horizontal e vertical de competências na esfera jurisdicional, bem como atuações transversais e cooperativas entre órgãos integrantes de esferas jurisdicionais (ou não) federativas diversas, sempre de forma simétrica, e com atenção ao princípio da subsidiariedade.

Palavras-chave: federalismo cooperativo; transfederalismo; Judiciário; repartição de competência jurisdicional.

ABSTRACT: This essay aims to analyze the Brazilian federalism from the perspective of the division of courts jurisdiction, in order to identify that a cooperative federalism must ensure the horizontal and vertical division of labour between courts, as well as transversal and cooperative interactions between judges of different federative spheres, always in a symmetrical way and with respect to the principle of subsidiarity.

Keywords: cooperative federalism; transfederalism; Judiciary; division of jurisdiction among courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Alguns tipos de federalismo. Federalismo cooperativo e o transfederalismo na esfera judicial: 2.1. Federalismo por agregação e por segregação; 2.2. Federalismo dualista e cooperativo. Transfederalismo; 2.3. Federalismo centrípeto, centrífugo e de equilíbrio. – 3. Notas sobre os diferentes sistemas de repartição de competências. – 4. Sistema brasileiro de repartição de competências: 4.1. Noção geral; 4.2. Federalismo cooperativo e competências concorrentes. Diálogo federativo (e transfederativo) no Judiciário; 4.3. Competências privativas. Poderes federativos taxativos, residuais e implícitos. – 5. A subsidiariedade e a repartição da competência jurisdicional. – 6. Federalismo simétrico. Ausência de preferência no exercício de competências. – 7. Subsidiariedade, Simetria federativa e o Incidente de Deslocamento de Competência do art. 109, §5.º, CF. – 8. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

Não são corriqueiros trabalhos científicos que analisem o federalismo no contexto do Judiciário - mais especificamente dos seus órgãos, da sua composição, de suas competências, e do processo que é ali utilizado como instrumento de trabalho.

Antes da conclusão desse artigo, enviou-se para publicação, em edição dessa mesma Civil Procedural Review (v. 13, n. 2, 2022), um primeiro artigo científico intitulado “Autonomia federativa dos Judiciários Estaduais e sua participação da formação da vontade judiciária central. O Federalismo e o Judiciário Brasileiro”. Ali foram trazidas algumas reflexões iniciais sobre o Judiciário e o Federalismo.

O presente trabalho é o segundo em torno do tema.

Aqui, a proposta é a continuidade do desenvolvimento de um raciocínio de releitura do federalismo na perspectiva do Judiciário, mas, agora, com a identificação da necessidade de reconhecimento da existência de um federalismo cooperativo e simétrico,

com notas de transfederalismo, que assegure: de um lado, um Judiciário estruturado em órgãos que tenham competências privativas/exclusivas (a ex. da Justiça Federal, cf. arts. 108 e 109, CF), titularizando poderes taxativos (que convivam ao lado de poderes implícitos), reservando-se a outros órgãos os chamados poderes remanescentes (como a competência residual da Justiça Estadual); de outro, que não se exclua a possibilidade de repartição vertical de poderes a serem exercidos concorrentemente, ou a atuação cooperativa (quicá transversal) de órgãos jurisdicionais integrantes de Justiças diversas e/ou de outros entes de esferas federativas diferentes (p. ex.: procuradorias de estado distintos).

Tudo isso, sempre considerando a necessidade de observância da subsidiariedade na repartição de competências jurisdicionais (com prestígio dos níveis federativos locais), a busca de competências adequadas, e a inexistência de qualquer hierarquia entre os entes federados, não havendo supremacia da competência de órgãos jurisdicionais federais sobre os estaduais (ou vice-versa), ou entre decisões judiciais de origem federal ou estadual - como se pretende demonstrar.

2. ALGUNS TIPOS DE FEDERALISMO. FEDERALISMO COOPERATIVO E O TRANSFEDERALISMO NA ESFERA JUDICIAL.

2.1. Federalismo por agregação e por segregação.

*A formação do Estado federal pode ocorrer por agregação ou segregação*².

O federalismo por *agregação* se dá pela união de Estados que já existiam (ex.: EUA³ e Alemanha). Dá-se por centralização, mas tem maior aptidão para preservar poderes periféricos descentralizados em razão da sua origem. Tende a resistir mais à tendência que se tem observado de federalização das decisões que decorre em especial da intervenção federal (da entidade central) no âmbito da economia.

O federalismo por *segregação* decorre da descentralização de Estado unitário, que é desagregado para instituírem-se internamente Estados-membros, componentes, periféricos em relação ao Poder Central. Foi o que ocorreu no Brasil⁴.

2 Cf. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

3 No caso dos EUA, temia-se um “suicídio dos Estados” (expressão de Del Vecchio), pois as antigas colônias, agora independentes, receavam que sua integração a esse novo Estado federal restabelecesse a indesejada condição de submissão. Assim, para conter essa resistência, a estratégia política foi conceder-lhes a prerrogativa de manter o nome de “Estado” e de criar suas próprias constituições (sujeitas à Constituição Federal). (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986, p. 16).

4 Há quem ressalve e relativize uma dita tendência centralizadora do federalismo por segregação e descentralizadora do federalismo por agregação. Diz-se variar em cada Estado seu pendor, não havendo uma postura uniforme observada. (CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 58).

Essa gênese do federalismo se reflete nos demais tipos e modalidades que surgiram ao longo da história.

2.2. Federalismo centrípeto, centrífugo e de equilíbrio.

Classifica-se, ainda, a federação quanto a maior ou menor concentração de poder, quando se subdivide em centrípeta, centrífuga e de equilíbrio.

O federalismo *centrípeto* é aquele que concentra poderes no ordenamento central, decorrendo de movimento que vai da periferia para o centro.

O federalismo *centrífugo* é aquele que descentraliza, ampliando poderes estaduais, por movimento que parte do centro para periferia⁵.

E o federalismo de *equilíbrio* é aquele que dosa de modo equânime esses poderes federais e estaduais⁶.

No Brasil, México e Áustria, a formação do federalismo se deu por um movimento centrífugo – ao contrário de países como os EUA em que isso se deu por força centrípeta⁷ -, o que não significa que seja a tendência atual, que é mais voltada para um desejado equilíbrio, tomando como norte a subsidiariedade e a simetria adiante abordadas.

2.3. Federalismo dualista e cooperativo. Transfederalismo.

Inicialmente, nos séculos XVIII e XIX, o federalismo era *dualista*, isolando-se em absoluto as esferas de atuação do ente central e dos Estados federados. Por isso, empregava-se predominantemente a repartição horizontal de competências, conferidas com exclusividade (e isolamento) a cada ente. Esse federalismo dual é segregador e isolacionista, opondo-se a contatos ou interações habituais dos poderes periféricos com o poder central.

Ocorre que, após a Primeira Guerra Mundial, passou a predominar um novo tipo de federalismo, o chamado federalismo *cooperativo*, em que finalmente se coordenam as esferas federais e estaduais, colocando-se, contudo, sob regência do ente central. Daí o uso de repartição vertical de competências, com a atribuição de competências concorrentes e partilhadas sobre mesma matéria para entes central e regionais⁸.

5 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 69.

6 HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 55.

7 RUSSOMANO, Rosah. *O princípio de federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 45. Essa força centrípeta, movimento da periferia para o centro, foi a presente na formação da maioria das federações. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 69).

8 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54 e 55.

O federalismo dual é típico dos Estados liberais, observado a partir do constitucionalismo do fim do século XVIII. O federalismo cooperativo tem o seu surgimento correlacionado com as doutrinas sociais do século XIX, chegando ao seu auge com o intervencionismo estatal que marcou o pós Segunda Guerra Mundial, e que determina uma postura definitivamente centralizadora⁹, com fortalecimento do ente central em relação aos Estados-membros. Foi o que se observou no Brasil e nos EUA¹⁰.

Já no século XXI, tem-se falado no *transfederalismo*¹¹. Nesse contexto, vai-se além das ideias ditas essencialistas de repartições estanques, estáticas ou bem definidas de

- 9 LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 101, 1989, p. 89.
- 10 HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 63; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 145 ss.; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 60. Para uma evolução histórica mais detalhada nos EUA, com notícia de mudança de pendor no último quartel do século XX, Schwartz, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26 ss., 45 ss. e 64 ss.
- 11 Em contextualização do seu surgimento, observa-se que, no novo milênio, ocorreu uma intensificação dos processos de privatização, globalização e digitalização, com uma maior descentralização do poder político e econômico do Estado na direção dos atores particulares (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p.70 ss.). Junto a isso, observou-se uma mitigação do nacional que convive e recebe fluxos econômicos, políticos e sociais decorrentes de interações e relações transnacionais, no contexto de uma sociedade mundial - o que é facilitado pelo crescente desenvolvimento e sofisticação tecnológicos dos meios e canais de comunicação (destacando como globalização relativiza escalas nacionais e amplia variadas relações, e como as novas formas de comunicação virtual viabilizam “articulações de ações conjuntas” entre variados sujeitos e instâncias, FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, FGV, 2010, p. 6; nesse sentido, MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 7 e 73). Segundo Beck, a sociedade é mundial e espaços isolados são fictícios (BECK, Ulrich; *O que é globalização?* Equívocos do Globalismo, Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 29 e 30). Isso tudo permite e facilita, dentre outras coisas, a interação e a vinculação transnacional de entes e pessoas de naturezas variadas para atuações políticas, inclusive envolvendo grupos minoritários cuja relevância decorre de sua grande influência nos ambientes digitais (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 7, 73 e 74). Daí a necessidade de reconhecimento desse contexto global que determina a abertura dos Estados Nacionais e seus entes internos (entes federados, no contexto federativo) para a realidade de estabelecimento de novas dinâmicas e relações ditas transversais, diante da agenda de problemas e questões mundiais a serem atendidas no contexto transnacional (ex.: Pandemia de COVID-19) - e, também, em contexto nacional, mas transversal (dito transfederativo, quando em Estado Federal). Daí concluir José Arthur Macedo que: “O transfederalismo é um conceito que descreve tal estado de coisas. Ele chama atenção para a necessidade de repensar, neste momento, a estrutura e a atuação do Estado, bem como a atuação dos diversos movimentos sociais. Não é só o Estado que é atravessado por relações políticas dinâmicas e transversais, pois os movimentos sociais também se constituem e atuam a partir de uma lógica complexa, a qual, graças ao avanço da digitalização e da privatização, tem produzidos novos e inusitados vínculos (...) contemporaneamente é possível que atores e movimentos sociais se articulem, mundialmente, através da internet contra ou a favor de pautas que lhes interessam” (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p.77).

competências (privativas e concorrentes), e das avaliações simplistas das vantagens e desvantagens dos tradicionais arranjos institucionais e federativos, no sentido de que: a descentralização preservaria a autonomia e liberdade federativa e garantiria maior eficiência (com proximidade entre Estado e indivíduo); enquanto a centralização de poderes na esfera federal (ou nacional) afastaria o centro de decisões dos problemas a serem resolvidos e de seus destinatários (o que permitiria mudanças em localidades com mais dificuldades, em casos de grandes disparidades entre entes federados)¹².

Vislumbra-se a existência de problemas cuja adequada solução pressupõe a complexa interação entre entes públicos e privados, bem como das diferentes esferas federativas no contexto de mais de um dos seus três poderes (não só do Executivo). As relações de poder não são somente verticais ou horizontais, mas, também, transversais¹³/ diagonais¹⁴, além de não se moldarem mais necessariamente a partir de fronteiras territoriais¹⁵. Isso porque situações de alta complexidade podem ocorrer em contextos diversos dos pré-concebidos locais, regionais e nacionais¹⁶, a exemplo do que se vê com questões ambientais¹⁷ - como a do caso do Rio Doce, que envolveu acidente ecológico com impacto ao menos em dois Estados e vários Municípios.

Fala-se, assim, em outras possibilidades de combinações federativas que superam a estrutura clássica do federalismo e seus entes federados¹⁸ (no Brasil, União, Estados e

-
- 12 São dados exemplos do “pêndulo da federação brasileira em distintos períodos, como a República Velha e o início do regime de 1988 (para descentralizações boas e ruins) e a Era Vargas e a era PT (para centralizações boas e ruins)” (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 80).
- 13 MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 494 e 495.
- 14 RESNIK, Judith. *Federalism(s)'s Forms and Norms: Contesting Rights, DeEssentializing Jurisdictional Divides, and Temporizing Accommodations*. In: Nomos LV: Federalism and Subsidiarity. James E. Fleming and Jacob T. Levy, eds., New York University Press, 2014, p. 367.
- 15 MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 82.
- 16 Segundo Marcelo Neves, um mesmo problema jurídico pode ser colocado no contexto de uma ordem “estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (em sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 119 e 121). Identifica-se a existência de entes translocais ou transnacionais, integrados por entes públicos ou privados (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 80).
- 17 Judith Resnik registra que, nos EUA, “State and federal judges join forces to deal with lawsuits involving harms from mass torts and environmental hazards that respect no jurisdiction lines”. Ou seja, em tradução livre, juízes estaduais e federais unem forças para lidar com ações envolvendo responsabilidade civil por danos em massa e riscos ambientais que não respeitam a limitação territorial de sua jurisdição (RESNIK, Judith. What’s Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 271).
- 18 Propõe-se sair das alternativas tradicionais (do estadual e federal) e das imagens essencializadas, para identificar novos arranjos institucionais (RESNIK, Judith. What’s Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 281).

Municípios). Expressão disso são novos elementos do modelo federativo, como as instituições denominadas, por Judith Resnik, de “TOGAS” (i.e., Organizações Translocais de Atores Governamentais), que fogem e ultrapassam a configuração que se deu até hoje ao federalismo (mesmo o cooperativo).

É o caso da associação de prefeitos nos EUA¹⁹, da Liga Nacional de Cidades, da Associação de Governadores²⁰, dos consórcios públicos do direito brasileiro (cf. Lei n 11.107/2005)²¹, também aí se encaixando, por exemplo, a iniciativa da Frente Nacional de Prefeitos de, em março de 2021, criar a Conectar – Consórcio Nacional de Vacinas das Cidades Brasileiras, entidade formada para aquisição de vacinas contra a covid-19²².

Destacam Macedo e Paschoal²³, como exemplo de TOGA, o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta firmado no caso do Rio Doce, visto que ali se prevê atuação conjunta de entes de níveis federativos diversos e poderes diversos (MP Federal e Estadual e Poder Executivo Federal e Estadual), inclusive com previsão de criação de Comitê Interfederativo de interlocução, para a resolução da questão.

E novos exemplos de TOGAs e de atuações interfederativas não param de surgir no ordenamento jurídico brasileiro, sendo eles expostos a seguir.

a) Associação de Representação de Municípios

A Lei n. 14.341/2022, arts. 1.º e 2.º, inova no ordenamento brasileiro, e interfere em sua configuração federativa, ao admitir a constituição da chamada “Associação de Representação de Municípios”, que seria uma pessoa jurídica de direito privado, voltada para atuação na defesa de interesses gerais dos Municípios, e para a realização de objetivos de interesse comum de caráter político-representativo, técnico, científico,

19 RESNIK, Judith. *Federalism(s)'s Forms and Norms: Contesting Rights, DeEssentializing Jurisdictional Divides, and Temporizing Accommodations*. In: *Nomos LV: Federalism and Subsidiarity*. James E. Fleming and Jacob T. Levy, eds., New York University Press, 2014, p. 370, 401 e 402.

20 Cf. RESNIK, Judith. What's Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 272. Segundo Judith Resnik, essas organizações são artefatos do federalismo norte-americano, surgidos no século XX, com formato de grupos voltados para proteger localidades de usurpações e ingerências nacionais (como a iniciativa da Conferência de Prefeitos dos EUA que, em resposta à recusa nacional de participar do Protocolo de Kyoto, instituiu seu próprio programa de proteção climática) (RESNIK, Judith. What's Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 275 e 276).

21 MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 496 e 497.

22 Disponível em: < <https://atarde.uol.com.br/politica/noticias/2162020-consorcio-de-prefeituras-para-compra-de-vacinas-e-oficializado>>. Acesso em 12 mai 2021.

23 MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 496 e 497.

educacional, cultural e social (com fins não econômicos). De acordo com a lei, a representação da referida associação cabe ao Prefeito atual ou anterior de um dos Municípios associados.

Observa-se, aí, a previsão em lei da possibilidade de atuação associativa e transversal de entes federativos municipais diversos, podendo ser acolhidos, inclusive, em uma mesma associação, municípios de estados-membros diferentes e de regiões diferentes - o que daria vida a um ente com heterogeneidade federativa acentuada.

Interessante pontuar que o art. 2.º, V, e o 3.º, XII, dessa mesma lei, prevê, ainda, a possibilidade dessa associação firmar convênios com entidades (públicas ou privadas) internacionais, nacionais, regionais ou locais que atuem em assuntos de interesse comum, exigindo-se a disponibilização “de termos de cooperação, contratos, convênios e quaisquer ajustes com entidades públicas ou privadas, associações nacionais e organismos internacionais, firmados no desenvolvimento de suas finalidades institucionais”, em sítio eletrônico da rede mundial de computadores de fácil acesso por qualquer pessoa.

Admite-se, dessa forma, que essa associação transfederativa de municípios pratique atos conjuntos com outras entidades públicas (que podem ser de instâncias federativas diversas) em um novo desdobramento de parcerias interfederativas, o que revela que elevados níveis de complexidade podem ser alcançados nessas possibilidades de atuação entrelaçada e federativamente conectada dos entes federados brasileiros.

b) Cooperação Judiciária Nacional transfederativa

Os arts. 67 a 69, CPC, disciplinam a chamada cooperação judiciária nacional, que se traduz na prática de “atos de gestão adequada de processos e intercâmbio processual entre juízos diversos”²⁴. Ou seja, trata-se, basicamente, da previsão da possibilidade de um órgão pedir a cooperação de outro na prática de determinado ato ou conjunto de atos, senão a possibilidade de dois ou mais órgãos convencionarem essa cooperação entre si (ex.: produção de prova pericial sobre imóvel que está em outra comarca ou o concerto entre juízos para concentração de produção de prova sobre fato comum a vários processos em um dos juízos envolvidos).

A Recomendação n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi a fonte de inspiração para o regramento do CPC²⁵. Mas, hoje, ela foi revogada pela Resolução n.

24 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese (doutorado em direito). Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 393.

25 Interessante mencionar que a Recomendação n. 28/2009 pode ser considerada, também, um dos primeiros atos do CNJ em torno da ideia de cooperação, ao recomendar a implementação do “Projeto Justiça Integrada”, visando a que tribunais promovam entre si “ações com vistas à integração e ao compartilhamento de estruturas, recursos humanos e materiais, equipamentos e ferramentas tecnológicas para, em auxílio mútuo, otimizar as despesas e melhorar a prestação dos serviços judiciais”. Exemplificam-se, no ato, medidas conjuntas possíveis, tais como o cumprimento de mandados e diligências e o uso comum de espaços públicos, inclusive

350, do CNJ, de 29 de outubro de 2020, que traz diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, com importante regulamentação dos dispositivos de lei sobre a matéria. Merece ser conferida.

Pois bem. Segundo o art. 69, §3.º, CPC: “O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário” (o que se ratifica no art. 5.º, I, da Resolução n. 350/2020, do CNJ). Isso permite que ocorra a cooperação transjudiciária²⁶ e interfederativa, entre juiz federal e estadual, ou entre juiz federal, estadual e trabalhista, por ex.²⁷⁻²⁸ - que atuam originariamente em âmbitos federativos distintos.

A Resolução n. 350/2020, CNJ, vai além e admite “cooperação ativa, passiva e simultânea entre os **órgãos do Poder Judiciário** (estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição), no âmbito das respectivas competências” (arts. 1.º, I, e 2.º), bem como a “cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça” (art. 1.º, II), a exemplo do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Defensoria Pública, das Procuradorias Públicas e da Administração Pública.

Uma das formas de cooperação possível é por “concerto” entre órgãos do Judiciário, mediante típico negócio processual (“atos concertados entre os juízos cooperantes”, cf. art. 69), formalizado em instrumento a ser assinado pelos juízos cooperantes, e juntado aos autos dos processos a ele relacionados antes da prática dos atos de cooperação. O concerto só vinculará os órgãos participantes do ato (arts. 4.º, parágrafo único, e 11, §1.º, da Resolução n. 350/2020, CNJ).

para realização de audiências. Muito interessante (e ainda útil, enquanto diretriz) a sua previsão de que: “A cooperação entre os tribunais será firmada em instrumento próprio, facultada a previsão de repasse orçamentário para ressarcimento de eventuais despesas decorrentes”.

- 26 Segundo Cabral, a cooperação transjudiciária pode ser definida como “uma atividade que corresponde a interações ou práticas não hierárquicas, espontâneas ou provocadas, geralmente não formalizadas, de trocas comunicativas entre juízos e tribunais” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 429, 431 e 432).
- 27 Assim se admite que “um juiz federal pode concertar com um juiz estadual para a solução de uma questão repetitiva de direito do consumidor (pela maior expertise do juiz estadual, por exemplo); juiz federal, juiz estadual e juiz do trabalho podem concertar no sentido de que cabe ao juízo federal, tendo em vista a presença da União em um dos casos, definir a questão de fato relativo a um mesmo acidente ambiental, que está repercutindo nas diversas Justiças etc.” (DIDIER JR, Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional. Esboço para uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 86 e 87).
- 28 Esses magistrados muitas vezes estão atuando na mesma localidade e à luz de uma mesma realidade, o que coloca a cooperação judiciária como um instrumento para o desenvolvimento de políticas judiciárias locais, que podem complementar as nacionais (CNJ e Tribunais Superiores) e regionais (Tribunais de segunda instância). Trata-se de ponderação gentilmente compartilhada por Leandro Fernandez, em diálogo informal.

Diante disso, a elaboração de instrumentos de cooperação transjudiciária, inclusive por concerto (art. 69, §2.º, CPC), que documentam acerto de atuação compartilhada e articulada de órgãos de esferas federativas diversas e poderes diversos, pode ser considerado mais um exemplo de transfederalismo no âmbito do Judiciário brasileiro.

Esses atos de cooperação por concerto podem ser muito úteis em ações coletivas ambientais decorrentes de danos extensos e difusos como no caso do Rio Doce, que podem conduzir à propositura de um sem-número de ações individuais e também de diversas ações coletivas, que versem sobre questões de fato e de direito semelhantes, mas perante Justiças diferentes e nas mais variadas comarcas.

Não parece adequada a opção já firmada do STJ de concentrar a competência para essas ações na Justiça Federal, em razão de manifestação de interesse da União²⁹, quando manter aquelas que versem sobre danos à população local na Justiça Estadual e em suas comarcas de origem – e aquelas que tratem de direitos de trabalhadores na Justiça do Trabalho –, em nome do princípio da competência adequada³⁰, e valer-se de instrumentos de cooperação judiciária (art. 67 ss., CPC) para prática de atos conjuntos e quiçá concertados³¹⁻³² (entre órgão jurisdicionais e até mesmo não-jurisdicionais), asseguraria a eficiência e uniformidade almejadas, sem prejuízos à qualidade do acesso à justiça efetiva.

Relembre-se, inclusive, que é possível um ato de cooperação por concerto até mesmo para estabelecer um dos juízos cooperantes como o competente para a decisão de

29 STJ, AgInt no REsp n. 1.701.262/MG, 2ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 05.06.2018, publicado no DJe de 08.06.2018. A competência da 12ª Vara Federal de Minas Gerais para a ação foi definida, também, pela 1.ª Seção do STJ, no Conflito de Competência n. 144.922/MG, rel. Min. Diva Malerbi, j. em 22.06.2016, publicada no DJe de 09.08.2016. Curioso é que, no julgamento desse Conflito de Competência, foram levantados critérios típicos de definição de competência adequada para o julgamento da causa, i.e., de busca daquele órgão que teria, em concreto, melhores condições de julgar a causa - como sua aptidão de tomar medidas dotadas de mais efetividade.

30 Seguindo a mesma linha de raciocínio desse trabalho, Zaneti sustenta que, em nome do princípio da competência adequada, nada impediria que as ações decorrentes de danos locais, que visem reparação de prejuízo sofrido pela população, tramitem na Justiça do Estado, e ações em que se discutam direitos de trabalhadores sejam encaminhadas para a Justiça do Trabalho, ainda que ações que envolvam danos ao Rio Doce como um todo (rio nacional) permaneçam na Justiça Federal (ZANETI JR., Hermes, *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 202). O princípio federativo integra o rol de critérios para exame da competência adequada. E, aqui, está em jogo não só a proximidade do julgador aos fatos (sobretudo em caso de dano local), como também a compreensão judicial das peculiaridades locais a serem consideradas.

31 MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 499 ss.

32 Segundo Judith Resnik, desde a década de 1980, juízes federais e estaduais nos EUA começaram a cruzar fronteiras jurisdicionais e federativas para travar diálogo entre si, com: a realização de conferências conjuntas, a criação de Conselhos Judiciais Federais Estaduais, a participação de reuniões regulares para tratar de problemas comuns (inclusive como resolver problemas de massa), com um federalismo judicial que transcende as limitações formais das respectivas jurisdições. Embarcaram em “co-aventura”, mesmo na ausência de mecanismos de consolidação interjurisdicional. Por exemplo, juízes federais e estaduais encarregados dos casos Brooklyn Nave Yard asbestos literalmente sentaram na mesma mesa convocando conjuntamente um “tribunal estadual e federal” e decidindo juntos sobre as questões em jogo (RESNIK, Judith. What’s Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 276 e 277).

uma questão incidental comum ou de questões semelhantes ou de algum modo relacionadas dos casos pendentes (art. 6.º, Resolução n. 350/2020, CNJ)³³, o que permitiria evitar decisões contraditórias ou dissonantes sobre o objeto de discussão.

Além disso, a Resolução n. 350/2020, do CNJ, no seu art. 7.º, §2.º, prevê a possibilidade de criação de comitês estaduais de cooperação integrados por magistrados oriundos do Judiciário de diferentes esferas federativas – i.e., do TRE, TJ, TRT, TRF -, nos seguintes termos: “Os órgãos judiciários de todos os ramos com sede em um mesmo estado da Federação poderão articular-se em Comitês Executivos Estaduais compostos por representantes de cada um dos ramos do Poder Judiciário”.

Esses comitês são organizações de composição transversal (estadual e federal), na medida em que são compostos por magistrados originários da Justiça Estadual e, também, da Justiça Federal e outras Justiças especializadas nacionais (Eleitoral e Trabalhista) atuantes naquele território, que estarão em diálogo cooperativo sobre atividades administrativas e jurisdicionais interligadas e questões comuns, sempre em busca de eficiência processual³⁴.

Também podem ser mencionadas as chamadas equipes de trabalho remoto, previstas na Resolução n. 375/2021 do CNJ, que alterou a Resolução n. 227/2016, CNJ, que podem ser compostas por magistrados de diferentes tribunais, de diferentes esferas federativas, propiciando a troca de conhecimento e de experiências daqueles que atuam em realidades diversas, em que pese enfrentando problemas comuns.

Elas podem constituir grupos de trabalho ou forças-tarefas especializadas e voltadas para o desenvolvimento de teses jurídicas, soluções teóricas, pesquisas empíricas e estudos de questões complexas, mediante atuação em teletrabalho.

As equipes de teletrabalho voltadas para o tratamento adequado de demandas estratégicas ou repetitivas (de massa), só devem ser criadas após consulta aos Centros de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJs) envolvidos. Agora, uma vez instituídas, deverão atuar de forma sinérgica e em cooperação com os Centros de Inteligência referidos.

Na verdade, a própria regulamentação da atuação desses Centros de Inteligência já prevê novas possibilidades de interlocução transfederativa e cooperativa. Basta observar

33 O ato de cooperação judiciária nacional por concerto poderia modificar competência absoluta ao menos para o julgamento de questão incidental, que não seja objeto de pedido (contra, MEIRELES, Edilton. *Cooperação Judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, ano 4, 2018, p. 464; DIDIER JR, Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional. Esboço para uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 85 ss.).

34 Confirma essa tendência também, na esfera administrativa, a Lei n. 14.210/2021, que inseriu o art. 49-A ss. na Lei 9.784/1999, para instituir a possibilidade de “decisão coordenada” e compartilhada no âmbito de processos administrativos da Administração Pública Federal, com a participação concomitante de três ou mais setores, órgãos ou entidades, quando isso se impuser em razão da relevância da matéria ou da existência de “discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório”. A lei não admite a decisão coordenada que envolva autoridades de Poderes distintos (ou seja, que envolva o Legislativo ou o Judiciário) (art. 49-A, §6.º, III), mas não está excluída a possibilidade de participação de autoridades de esferas federativas diferentes (como a estadual e municipal).

que a Resolução n. 349/2020, do CNJ, prevê que, para a realização dos seus objetivos, poderão eles “manter interlocução com os demais Centros de Inteligência do Poder Judiciário” e “articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos”. E a composição desse Centro é, ainda, federativamente heterogênea, e típico caso de TOGA, abrangendo membros de tribunais/justiças diferentes e de contextos federativos diferentes (art. 3.º da Resolução).

c) Intercâmbios transfederativos

A Resolução n. 441 de 24 de dezembro de 2021, do CNJ, instituiu o Programa Nacional “Visão Global do Poder Judiciário”, permitindo que magistrados brasileiros interessados possam atuar em órgão do Judiciário diferente daquele em que originariamente estão lotados, preservados o ramo e a especialidade originária, pelo prazo máximo de quatro anos (passível de prorrogação).

Dessa forma, com base nesse ato regulamentar do CNJ, um juiz estadual poderia, por exemplo, requerer sua lotação temporária em vara de outro estado, em uma concretização de intercâmbio interfederativo e cooperativo entre órgãos do Judiciário brasileiro sem precedentes.

Viabiliza-se, com isso, a troca de experiências e informações que podem contribuir para o aperfeiçoamento, a eficiência e a maior efetividade da prestação jurisdicional, bem como para a disseminação de boas práticas entre tribunais brasileiros.

Inclusive, a mudança temporária de lotação do magistrado só será possível, segundo o art. 5.º da referida resolução, se, cumulativamente, houver o “aceite do tribunal anfitrião” e a “liberação do magistrado pelo tribunal de origem”, ocorrendo, pois, mediante comum acordo de tribunais de entes federativos diversos.

Além disso, outras interações transfederativas mais específicas serão necessárias, prevendo-se, por exemplo, que “o tribunal anfitrião deverá encaminhar ao tribunal de origem os dados relativos à produtividade do magistrado”, bem como informações sobre seu comportamento, em termos disciplinares (art. 14, §§1.º e 2.º).

d) Convênios entre Procuradorias e Defensorias de esferas federativas diversas³⁵

Nesse mesmo contexto transfederativo, pode-se mencionar o art. 75, §4.º, CPC, que admite convênios entre procuradorias de estados diferentes, nos seguintes ter-

35 Para conferir uma abordagem mais abrangente e profunda do tema, vale conferir: BARREIROS, Lorena Miranda Santos; BRAGA, Paula Sarno. Validade, sentido e alcance de normas processuais federais à luz da competência dos Estados para legislar sobre processo: uma análise das ADIns 5492, 5534 e 5737. *Revista de Processo*, v. 328, p. 287-321, 2022.

mos: “4.º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias”.

E essa regra já vem sendo aplicada. Em 2016, as procuradorias de vinte e dois Estados e do Distrito Federal³⁶ firmaram um Termo de Cooperação Técnica com o objetivo de aprimoramento de seus serviços jurídicos e intercâmbio de experiências³⁷, no qual, além de estabelecerem compromissos de trocas de informações sobre a forma pela qual desenvolvem seus serviços e sobre alterações legislativas e decisões judiciais e administrativas locais, intercâmbio de publicações etc., também disciplinaram, já sob a égide do CPC/2015, a prestação recíproca de cooperação em processos judiciais³⁸ (como acompanhamento do cumprimento de cartas precatórias e a realização do pagamento de suas custas).

Com esse mesmo perfil, tem-se o convênio de cooperação técnica firmado entre as Defensorias Públicas dos Estados de todo o Brasil, para atuar conjuntamente perante as Cortes Superiores em demandas de grande repercussão – além da inauguração, em Brasília, de uma sede conjunta das Defensorias Públicas dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Amazonas e do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (Condege)³⁹.

e) Conclusão parcial.

Vê-se, assim, que, nos últimos anos, mais e mais previsões de TOGAS e de atuações interfederativas têm invadido o ordenamento jurídico brasileiro, remodelando e reconfigurando suas bases federativas.

Percebe-se, ainda, que essas manifestações de transfederalismo caminham lado a lado com a cooperação institucional e interinstitucional e com a dinamização das relações de poder e do exercício de competências.

Isso tudo deve servir de alerta para os estudiosos, para que enxerguem que o federalismo cooperativo brasileiro tem convivido com essa nova realidade prática e norma-

36 O instrumento está assinado pelas PGE's de Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins. Segundo suas Cláusulas Oitava e Nona, o Termo de Cooperação Técnica teve, para a maioria das procuradorias, vigência de cinco anos, a partir de 01/04/2016, ou seja, até 01/04/2021, não se tendo obtido notícia acerca de sua renovação.

37 O termo é, em linhas gerais, a renovação de outro, celebrado em 2011, cujo teor está disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/legislacao/termo-de-cooperacaotecnica/Termo%20Cooperacao%20Tecnica%20entre%20PGEs%202011.pdf>>. Acesso em: 29/08/2021.

38 É o que consta em: BRAGA, Paula Sarno; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Validade, sentido e alcance de normas processuais federais à luz da competência dos Estados para legislar sobre processo: uma análise das ADins 5492, 5534 e 5737. *Revista de Processo*, 2022, v. 328, p. 287-321.

39 Disponível em <Sede conjunta entre as Defensorias Públicas do RS, RJ, AM e Condege é inaugurada em Brasília - Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul>. Acesso em 04 ago 2021.

tiva, e precisa ser repensado, assim como os métodos clássicos e rígidos de repartição de competência entre os entes federados precisam ser revisitados.

3. NOTAS SOBRE OS DIFERENTES SISTEMAS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.

O sistema de repartição de competências é determinante na garantia de autonomia dos Estados componentes e na verificação da efetiva configuração do modelo federativo.

Não é qualquer repartição de competências que assegura a autonomia esperada do federalismo. É necessário que essas competências locais e regionais refiram-se a temas de relevo e sejam significativas para o exercício de autêntico poder político-administrativo⁴⁰.

O critério basilar da repartição da competência deve ser a natureza e a extensão do interesse a ser atendido – se nacional ou setorizado (regionalizado)⁴¹.

Deve-se destinar ao ente central (União, no Brasil) tarefas que se refiram ao país como um todo, perpassando por questões relativas às suas relações externas e ao que há de genérico e nacional no âmbito das relações internas.

Já aos Estados-membros deve-se reservar aquilo que se refira ao seu território, ao seu povo e a suas próprias funções (administrativas e jurisdicionais, por ex.), sendo, pois, interesse da região em que situados.

Pode parecer simples a repartição feita com esse critério, mas uma das grandes dificuldades que daí avulta é o fato da dimensão do interesse em questão ser constantemente sujeita a mudanças e variações no tempo e no espaço. “Assim, v.g., interesses que, ontem, eram regionais, devendo ser atendidos pelos Estados-membros, hoje, se revestem de um cunho de generalidade, que exige e justifica sua incorporação ao setor específico da União”⁴²⁻⁴³. Isso sem mencionar, em contexto transfederativo já referi-

40 Além de serem correlacionadas com a atribuição dos recursos financeiros necessários para que possam ser efetivamente desempenhadas (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 185 e 186).

41 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 183 e 184.

42 RUSSOMANO, Rosah. *O princípio de federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 58.

43 Não se desconhece e é interessante pontuar a proposta de José Arthur Castillo de uma leitura funcionalizada da autonomia proposta para entes locais, que parece contribuir para um equilíbrio mais concreto entre o central e o periférico na estrutura federalista. Propõe, o autor, uma releitura da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (e pela doutrina) do regime constitucional de repartição de competências, para admitir-se que se possa ampliar ou reduzir a autonomia dos entes federados (intensificando a descentralização ou centralização do poder), em nome da realização de direitos fundamentais, em um caso concreto, e por tempo determinado. A ideia é que seja conferida maior autonomia ao ente que, no caso concreto, possa melhor promover direitos fundamentais e os objetivos da República; e que essa autonomia possa ser reduzida ou

do, situações em que o interesse em jogo atravessa esferas federativas distintas (de mais de uma localidade e/ou do local ao nacional, p. ex.) e impõe mais dinamicidade no exercício de competências.

Definido o critério de repartição, resta definir a forma como ela ocorrerá. Existem, basicamente, duas técnicas tradicionais de partilha de competência reveladas no direito comparado: a *horizontal* e a *vertical*.

A repartição *horizontal*, a mais antiga e típica do federalismo dualista, delinea âmbito de *competência exclusiva ou privativa* do ente central (União, p. ex.) e dos Estados federados, que só pode ser exercida unicamente pelo ente a quem foi atribuída e por nenhum outro, sob pena de inconstitucionalidade⁴⁴. A competência é destinada e reservada para aquele determinado ente tratar de toda uma matéria, em todas as suas perspectivas (geral e particular), excluindo a atuação de qualquer outro⁴⁵.

A repartição *vertical*⁴⁶, característica do federalismo cooperativo, foi empregada de modo pioneiro na Constituição Austríaca de 1920 e na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)⁴⁷. Institui campo a ser objeto de *competência concorrente* (ou comum) dos entes federados, prevendo papéis diferentes para cada qual na disciplina ou atuação em torno da mesma matéria. Podem tratar de um mesmo assunto, simultaneamente, mas com focos diversos (ou “níveis” diferentes): a um ente é dado estabelecer normatização geral; a outro, normatização particular ou complementar⁴⁸.

São campos normativos submetidos ao “condomínio legislativo” do poder central e dos poderes parciais ou periféricos (como Estados e Distrito federal). O ente central fixa normas e regras gerais e Estados federados (e Distrito Federal, no Brasil) ficam responsáveis por sua especificação e particularização que permita sejam adaptadas a

restringida quando, após tentativas sucessivas, o ente em questão não consegue construir respostas ou soluções adequadas para o problema enfrentado. Prestigia-se o autogoverno e a autonomia das pessoas, pois acredita o autor que a autonomia dos entes existe para realizar o autogoverno das pessoas. (MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018, p. 168-171, 174 e 184). Medidas desse viés contribuem, ainda, para que se assegure o exercício de competências adequadas, por aquele ente que tem melhores condições de exercício do poder em questão e de alcançar os melhores resultados.

- 44 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.
- 45 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativa*, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 6 e 7.
- 46 Também chamada de técnica moderna, renovada ou de legislação concorrente, como o faz Raul Machado Horta ao tratar do tema. (Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 401-404).
- 47 HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 60-62; HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366, 367, 403 e 404; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204.
- 48 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativa*, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 6 e 7.

contextos locais. Daí falar-se na construção de um “ordenamento misto” com a coparticipação do ente central e dos entes periféricos⁴⁹.

Parte-se do pressuposto de que são temas de interesse comum ou convergente e de que a coexistência de normatização geral do ente central com uma especificação normativa de iniciativa regional assegura, de um lado, uniformidade para o que é de representatividade geral e, de outro, variedade adaptada para o que é de relevo local e situado. Os ordenamentos geral/central e locais/periféricos (suplementar ou supletivo) convivem harmonicamente⁵⁰.

É o que se observa da Constituição brasileira de 1988, que, no seu art. 24, prevê competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre as matérias ali previstas (inclusive, procedimentos em matéria processual e a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas). À União incumbe estabelecer normas gerais sobre tais temas, enquanto aos Estados (e Distrito Federal) compete trazer normas suplementares locais ou normas supletivas que preencham a ausência de normas gerais⁵¹ - que perderão eficácia com advento de lei federal geral (art. 24, §§1º e 3º, CF)⁵².

Isso sem mencionar a previsão do art. 30, I e II, CF, de que compete aos Municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”, bem como “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”. O art. 30, I, CF, trata, na verdade, de competência legislativa privativa dos Municípios para tratar de assuntos do seu interesse – cujo objeto não foi enumerado na CF e tende a ser detalhado na lei orgânica do Município. Já o art. 30, II, CF, cuida de autêntica competência legislativa concorrente do Município para elaborar lei suplementar da legislação estadual e federal, “no que couber”⁵³.

Importante saber o que significa “no que couber”, i.e., em quais situações cabe a edição de lei municipal suplementar e regulamentadora da lei federal/estadual. Inicialmente, deve ser uma lei que venha a atender interesse local – não fazendo sentido uma lei municipal sobre a Defensoria Pública (art. 24, XIII, CF), por exemplo⁵⁴. Mas o

49 HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 418 e 419; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 78 e 79.

50 Cf. CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p.79. Essa concorrência de atribuições legislativas sobre dadas matérias não perturba a autonomia federativa, diz Oswaldo Aranha. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 99).

51 Segue-se aqui o corriqueiro uso doutrinário de empregar os termos suplementar e supletivo para designar situações distintas: suplementar (ou complementar) seria estabelecer norma particular quando já há uma geral; suprir seria estabelecer uma norma sobre determinada matéria, que a reja em sua plenitude, diante da ausência de norma geral.

52 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

53 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99 e 102.

54 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

Município não poderá, no exercício de sua competência, contrariar normas gerais da União, tampouco normas suplementares/supletivas do Estado sobre as matérias do art. 24, CF – podendo somente detalhar e regulamentar ambas (lei federal geral e lei estadual complementar/supletiva). Além disso, na ausência de normas gerais da União ou suplementares/supletivas do Estado, poderá o Município exercer uma competência supletiva, de preenchimento dessa lacuna, para atender interesse local (por lei municipal que perderá eficácia se colidente com norma geral da União ou complementar do Estado superveniente)⁵⁵.

Por exemplo, o Pleno do STF, no julgamento da ADPF n. 672 MC-Ref/DF⁵⁶, reconheceu que a competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permite aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual, no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF), admitindo-se que, diante da pandemia de COVID-19: “adotem medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente”.

A verticalização da distribuição de competência é apropriada para a federação de países cujo território é de amplitude continental, e que são marcados pela grande diversidade econômica, geográfica, social e cultural entre unidades regionais e locais, como o Brasil. Compatibiliza-se a necessidade de legislação federal geral, que uniformize soluções em todo o país para matérias de interesse nacional, com a demanda por legislações estaduais, distritais e municipais que a adéquem às várias e sortidas realidades e exigências que emergem de diversas localidades⁵⁷.

No mais, de fato, o federalismo dualista, e sua ênfase na separação dos poderes dos entes federativos, prefere a técnica da repartição horizontal; o federalismo cooperativo, e sua demanda de atuação interativa, coordenada e cooperativa entre entes federados, tende a uma repartição vertical. Mas é necessário ressaltar que o federalismo cooperativo não pressupõe uso exclusivo da repartição vertical. Sempre existem matérias que são objeto de competência privativa de um ente (sobretudo o

55 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140 e 141.

56 STF, ADPF n. 672 MC-Ref/DF, Pleno, rel. Min Alexandre de Moraes, j. em 13.10.2020, publicado no DJe de 29.10.2020.

57 HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 356 e 420; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 79.

central), que decorre de repartição horizontal⁵⁸. É o que ocorre no Brasil, a exemplo dos arts. 22 e 24, CF.

Demais disso, em tempos de transfederalismo, ao lado de competências privativas, concorrentes e comuns, evidencia-se a tendência de admitir-se atuações coordenadas e compartilhadas de órgãos, Poderes e autoridades de esferas federativas diversas, com a prática de atos conjuntos, e a interlocução ou intercâmbio interfederativo no exercício de suas competências (mediante constituição de comitês, conferências, reuniões regulares ou possibilidades de transferências temporárias de servidores para esfera federativa diversa).

Resta compreender como se dá a repartição e o exercício dessas competências constitucionais no federalismo brasileiro e de que forma essa realidade normativa (em grande parte pensada para a esfera administrativa e legislativa) pode ser aproveitada e bem empregada no contexto do Judiciário brasileiro.

4. SISTEMA BRASILEIRO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS.

4.1. Noção geral.

Uma das questões fundamentais do sistema federal é, como já dito, a repartição de competência entre entes federados. A autonomia dos Estados-membros (e outros entes como DF e Municípios) tem como premissa uma adequada divisão de poderes que defina o campo para o exercício devido de suas atividades⁵⁹.

Depois da análise das variadas técnicas de repartição de competência desenvolvidas ao longo da história, vê-se que a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema misto e abrangente, pois encaixa muitos dos métodos já testados em termos federativos.

É um sistema complexo, que combina competências privativas (no plano horizontal), competências concorrentes (no plano vertical), com possibilidade de delegação de competências federais para outros entes federativos periféricos⁶⁰ e de atuações transversais de entes integrantes de diversas esferas federativas.

O Estado brasileiro caracteriza-se, a princípio e como já dito, pela adoção de um federalismo cooperativo⁶¹ (com notas do transfederalismo já citado). Isso foi determi-

58 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativa*, Rio de Janeiro, n. 179 e 1980, 1990, p. 8; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 150.

59 HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 49 e 50.

60 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58; BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88.

61 Não é equivocado dizer que se adotou um federalismo misto, conjugando características do federalismo americano dual clássico e do federalismo alemão cooperativo moderno, com distribuição horizontal e vertical

nante para a adoção conjugada de técnicas de repartição de competência horizontal e vertical, com o estabelecimento de competências privativas e concorrentes para União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É o resultado de uma tentativa constitucional de reestruturar a federação com divisão mais equilibrada de tarefas entre seus entes.

A boa razão, proporção e medida, nessa partilha da competência, são asseguradas pelo chamado *princípio da predominância do interesse* (ou *peculiar interesse*), que determina que se incumba à União a competência de cuidar de temas e questões sobre os quais prevaleça interesse geral ou nacional, reservando-se aos Estados a tarefa de tratar daquilo em que prevaleça o interesse regional e, por fim, aos Municípios, debruçar-se sobre assuntos de interesse mais localizado⁶².

Não se podem ignorar, contudo, as dificuldades atuais em distinguir esses diferentes tipos de interesses (nacional, regional e local⁶³). Não só porque são de dimensão mutável no tempo e espaço – o que era local pode adquirir dimensão regional ou nacional, mas também pelo fato de serem noções insuficientes para abarcar toda a realidade. Basta pensar nas questões que não são nacionais nem estaduais (regionais), mas, por exemplo, interestaduais. É o que se pode falar de problemas ligados à Amazônia e ao Vale de São Francisco, por exemplo⁶⁴. Nesses casos, a solução talvez seja considerar geral tudo aquilo que se refere a mais de um Município que não esteja em um mesmo Estado e que exija tratamento uniforme para afastar atritos federativos; ou então admitir, nesses casos, atuações transfederativas e articuladas de entes federados diversos (inclusive mediante cooperação judiciária, quando em cena o Judiciário).

Um dos destaques no modelo da CF de 1988 é a pretensão de mais bem aproveitar as competências concorrentes, para atender aos anseios de maior descentralização, sem prejuízo da desejada uniformidade nacional em determinadas matérias. Amplia-

de competências. (CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 04).

- 62 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 144. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que a distribuição de competência se dá com base na regra do “peculiar interesse”, constatando que os interesses ou são peculiares (particulares) a uma certa “zona” – interessando diretamente àquela localidade e só indiretamente a todo país - ou são gerais, interessando diretamente a todo país. Assim, o que se leva em consideração na identificação do interesse peculiar ou particular é a predominância do interesse local sobre o nacional e, não, a exclusividade do interesse local. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 72 e 73).
- 63 Sobre o interesse local (municipal) e a fórmula para distingui-lo dos demais, SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 01, 1993, p. 272.
- 64 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476. Dificuldades também reconhecidas por MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 144 e 145.

-se esfera de atuação estadual e municipal, concorrentemente, estimulando sua produção normativa e atuação administrativa⁶⁵.

Mas não só de competência concorrente se vive e se sustenta a autonomia estadual e municipal. Para que haja autêntica autonomia, é necessário que se preserve uma esfera significativa de competência privativa para os entes periféricos (estaduais e municipais), até para que se respeite a ideia de subsidiariedade e predominância do interesse (a ser adiante abordada).

As fontes imediatas de inspiração do Constituinte brasileiro foram a Constituição brasileira de 1934, com sua postura de fixar um rol de competências comuns a mais de uma esfera estatal, e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, com seu sistema de repartição considerado como um todo⁶⁶⁻⁶⁷.

O equilíbrio encontrado na federação alemã e incorporado à federação brasileira se deve, em grande parte, à forma como se dispôs sobre a competência legislativa, enfatizando-se e se ampliando, ao menos em tese, a atuação estadual, com estreitamento do papel federal (da União). “A partilha do poder de legislar é sempre o fulcro da repartição de competências, já que a lei – pensando-se em termos de Estado de Direito – é que dá a dimensão ao exercício dos poderes pelos respectivos titulares⁶⁸”.

Além de um federalismo equilibrado, a Lei Fundamental de Bonn buscou eficiência dando primazia ao *princípio da subsidiariedade*, para, com isso, não conferir ao ente central aquilo que pode ser realizado pelos entes periféricos, próximos que estão dos problemas locais, podendo, por isso, desempenhar suas atribuições com maior eficácia e sem tantos custos e formalidades⁶⁹.

65 Na esfera legislativa, assim, ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60 e 61.

66 No modelo alemão, que tanto influenciou o brasileiro, estão estabelecidas competências legislativas e materiais da União em artigos diferentes, isolando-se, também, em dispositivos distintos, as competências comuns, legislativas e materiais, com a previsão da delegação de competência da União, por lei federal, para os Estados, sem se furtrar em valer-se da técnica vertical de distribuição de competência legislativa concorrente para União (com edição de normas gerais) e Estados (com produção de normas suplementares). (CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60).

67 Contribuiu para isso a participação de José Afonso da Silva e Raul Machado Horta nos bastidores da Constituinte. A proposta de José Afonso da Silva de redação dos artigos relativos à repartição de competência na CF/1988 entregue à Comissão Afonso Arinos foi quase que reeditada no anteprojeto que deu origem ao texto final. A proposta foi adotada pelo então relator do tema, Raul Machado Horta, com algumas alterações. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 475 e 476). E isso denota a forte influência alemã no texto constitucional brasileiro, vez que um dos seus autores e responsáveis (Raul Machado Horta) é franco simpatizante do modelo germânico. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60).

68 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

69 CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 5.

Esse é o espírito da CF/1988: prestigiar mais a autonomia estadual.

Costuma-se dizer, contudo, que isso não se observa no Brasil - ao menos nas esferas administrativa e legislativa.

A tradição centralizadora do federalismo brasileiro se evidencia a partir de análise global e sistemática da Constituição. Basta observar, por exemplo, o imenso rol de atribuições privativas da União em detrimento de outros entes federativos, com uma possibilidade de delegação que só pode se dar por lei complementar e que depende de iniciativa da própria União (art. 22, parágrafo único, CF)⁷⁰.

Isso sem falar que a competência concorrente reserva à União o poder de produzir normas gerais, normas estas cujos limites conceituais e aplicação prática são tão difíceis de definir e compreender, que acabam por contribuir para manter o pendor centralista⁷¹.

Demais disso, a Carta Constitucional e o regramento adotado na repartição das diferentes competências dos entes federados não reflete, ainda, os primeiros sinais de presença do transfederalismo e translocalismo que se observam no Brasil, onde já existem atuações e arranjos institucionais interfederativos diferenciados. É o caso dos consórcios públicos do direito brasileiro (cf. Lei n 11.107/2005)⁷²; da Frente Nacional de Prefeitos, de março de 2021, e a criação do Conectar – Consórcio Nacional de Vacinas das Cidades Brasileiras⁷³; da possibilidade prevista na Lei n. 14.341/2022, arts. 1.º e 2.º, de instituição de “Associação de Representação de Municípios” para atuar na defesa de interesses gerais dos Municípios e realizar objetivos comuns; dos convênios entre procuradorias (art. 75, §4.º, CPC) e defensorias de estados distintos.

Entretanto, por outro lado, no que se refere ao sistema de distribuição de competências jurisdicionais, há franco prestígio da esfera estadual. A competência jurisdicional, pautada no julgamento de casos com base na interpretação e aplicação de leis que podem ser federais, estaduais ou municipais (além de outros enunciados normativos), é predominantemente das Justiças Estaduais (cuja parcela de poder judicante se define por exclusão, titularizando poderes remanescentes). Enquanto isso, as competências dos órgãos jurisdicionais da União (Justiças Eleitoral, Trabalhista e Federal) são taxativamente previstas na Constituição.

Não obstante essa divisão, não se pode excluir a possibilidade de sustentar-se, na esfera jurisdicional, também, em perfil cooperativo, uma repartição vertical de poder,

70 Com mais detalhes, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05 e 06.

71 Aprofunda a questão, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05 e 06.

72 MACEDO, José Arthur Castillo de; PASCHOAL, Thais Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 496 e 497.

73 Disponível em: < <https://atarde.uol.com.br/politica/noticias/2162020-consorcio-de-prefeituras-para-compra-de-vacinas-e-oficializado>>. Acesso em 12 mai 2021.

com uma atuação de ente jurisdicional central (como STF e STJ) visando a atender interesse nacional ao lado de ente jurisdicional periférico (TJs) que se volte para o interesse local. Assim como não se pode ignorar todas as possibilidades de diálogo e interação transfederativa entre os órgãos do Judiciário brasileiro. Esse é o objeto de análise do item abaixo.

4.2. Federalismo cooperativo e competências concorrentes. Diálogo federativo (e transfederativo) no Judiciário.

No que se refere à repartição vertical de competências, no contexto judiciário, e a possibilidade de estabelecimento de competências concorrentes, algumas reflexões se impõem.

Questiona-se se seria o caso de repensar o papel e a forma de atuação dos tribunais brasileiros (superiores e locais, centrais e periféricos), para admitir que cabe aos tribunais centrais (ex.: STF e STJ), na sua atividade judicante, o estabelecimento do que há de geral, para atender interesse nacional, e aos tribunais periféricos (ex.: TJ) firmar o que há de necessário para atendimento de interesse local.

Uma primeira possibilidade seria restringir a competência dos tribunais superiores para que só fiquem responsáveis pelo estabelecimento de teses que uniformizem interpretações de forma geral sobre a Constituição Federal (STF) e a lei federal (STJ), de modo que caiba aos órgãos locais, no exercício de sua jurisdição ordinária, aplicá-las ao caso concreto⁷⁴⁻⁷⁵.

O STF e o STJ, na condição de Cortes de Vértice da estrutura judiciária brasileira, desempenham o papel central de guardiões e intérpretes por excelência da CF e da legislação infraconstitucional, respectivamente. Há quem sustente que o julgamento de casos concretos tende a ser considerado cada vez mais, no cenário atual, um papel secundário, na medida em que se pode tomá-lo como “pretexto” para o cumprimento de sua função principal de definir o sentido e o alcance dos dispositivos da legislação nacional, construindo precedentes que orientam, senão vinculam e devem ser observados (quando encartados no rol do art. 927, CPC), nos casos futuros e semelhantes,

74 Sobre esse papel desejado para STF e STJ como Cortes de precedentes, cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 39-41, 80, 111, 112.

75 Trata-se de possibilidade colocada aqui somente no plano da cogitação e ainda não abraçada como um modelo ideal para a estrutura judiciária brasileira. Mas é inegável que a promulgação da EC n. 125/2022 e a instituição do filtro da relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas para a admissibilidade do Recurso Especial dirigido ao STJ é um passo nesse sentido. Assim como não se pode ignorar que a adoção efetiva desse modelo estaria próximo ao que orienta, no plano federativo, o *princípio da subsidiariedade*, segundo o qual não se deve conferir ao ente central aquilo que pode ser realizado pelos entes periféricos, próximos que estão dos problemas locais (CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 5).

pela sociedade civil e pelos órgãos do Judiciário como um todo⁷⁶. São as Cortes que dão, pois, a “última palavra” na interpretação e aplicação do Direito nacional à luz do caso concreto.

Partindo dessa premissa, a proposta seria o STF e o STJ atuarem como tribunais de precedentes (Cortes Supremas), com a adequada repartição de funções entre instâncias ordinárias (que deveriam voltar-se ao julgamento de casos) e extraordinárias (com papel de construção de precedentes)⁷⁷.

Inclusive, nessa tentativa de equacionar melhor a divisão de funções, talvez fosse possível rever a função reformatória e o efeito substitutivo dos recursos dirigidos ao STF (e o STJ), reduzindo seu papel de julgamento de casos concretos, e valorizando a construção de teses e precedentes, que confirmam maior solidez, uniformidade, confiabilidade e harmonia ao ordenamento nacional posto. Ou ao menos, mas ainda nesse contexto, que se lhe atribua papel de cassar decisões que atentem contra seus entendimentos, determinando que tribunais inferiores rejulguem o caso com base neles⁷⁸ - garantindo a responsabilização funcional daqueles órgãos que incorram em desrespeito aos precedentes do tribunal de vértice.

Uma segunda possibilidade seria admitir que os tribunais locais possam distinguir as teses oriundas dos tribunais superiores quando as aplicarem ao contexto do Estado em que exercem sua jurisdição, em razão da existência de particularidades em torno do território, população e realidade locais, visando, com isso, ao atendimento de interesse local⁷⁹. Sobretudo, quando o precedente tratar de tema de competência concorrente legislativa dos Estados, em que se reconhece esse espaço de suplementação e detalhamento estadual.

76 Enquadrando-as como Cortes Supremas, por assumirem essas características (dentre outras), MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 65.

77 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 39-41, 80, 111, 112.

78 Sugestão de Antonio do Passo Cabral em palestra dada no evento “O Futuro do Direito Processual Civil: Leis Estaduais em tema de processo/procedimento”, promovido pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, USP. Disponível em: < <https://youtu.be/P2Q8gGt1Ny0>>. Acesso em 21 mai 2021.

79 Essa proposta encontra, inclusive, espaço normativo no ordenamento brasileiro para sua consecução. No sistema de precedentes consagrado no CPC de 2015, está prevista a técnica de distinção: a) de um lado, o distinguishing-método (art. 489, § 1º, V, c/c 927, § 1º, CPC), método de comparação da causa de pedir e do pedido do caso paradigma (de onde se originou o precedente) e do caso em julgamento (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 174), analisando se há semelhança na base fática fundamental, que justifique a aplicação do precedente (salvo se superado ou interpretado restritivamente diante de peculiaridade fática que o exclua daquele caso). Inclusive, o enunciado n.º 59, CJP/STJ, estabelece que “não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes”; b) de outro, o distinguishing-resultado (art. 489, § 1º, VI, c/c 927, § 1º, CPC), que é a conclusão de que os casos são distintos (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 142) e o precedente é inaplicável (salvo a possibilidade de uma interpretação extensiva).

Existindo uma lei local suplementar sobre aquela mesma matéria (ex.: sobre medidas sanitárias em tempos de pandemia de COVID-19), pode ela justificar uma adaptação do entendimento em torno da lei federal (do STJ) ao que decorra de específico da lei local. Ou então, não existindo lei estadual suplementar sobre a matéria, podem subsistir peculiaridades naquela unidade federativa a serem atendidas com a distinção do precedente do tribunal superior pelo tribunal local (mesmo na ausência de legislação local sobre o assunto).

Em outras palavras, a distinção de precedente de tribunal superior (no caso, STJ) por tribunal local pode justificar-se: quando se faz necessária a adaptação do entendimento adotado sobre a lei federal geral ao quanto disposto em lei local suplementar sobre o mesmo tema, em nome do interesse local; ou quando se faz necessária a adaptação do entendimento adotado sobre a lei federal geral às particularidades e idiosincrasias daquela localidade, mesmo não havendo lei local suplementar sobre o assunto (e suprindo, de alguma forma, sua ausência).

Há uma terceira possibilidade a considerar. Talvez, já com olhos fixos no transfederalismo, seria possível cogitar a cooperação judiciária por concerto entre Tribunais de Estados distintos (art. 69, §2.º, CPC, e art. 6.º, V, Resolução n. 350/2020, CNJ), para o estabelecimento conjunto (mediante julgamento conjunto) de distinção de precedente oriundo de tribunal superior, diante das peculiaridades existentes naquela região (ex.: nordeste ou norte do país). Seria uma articulação transjudicial e transfederativa, dentro de um mesmo Estado federal⁸⁰.

Ou, ainda, diante da inexistência de precedente de tribunal central e superior sobre a temática federal, e do risco concreto e constatado de contradição de tribunais periféricos na sua interpretação (em IAC ou IRDR já instaurados, por ex.), que se parta para um ato concertado de cooperação judiciária para uma decisão conjunta e compartilhada de uniformização do entendimento entre eles (até que surja posicionamento

80 Marcelo Neves trabalha o diálogo e cooperação entre ordens jurídicas diversas, que se dá, predominantemente, através de seus juízes e tribunais, no contexto do chamado transconstitucionalismo (ou, mais especificamente nesse caso, do “transjudicialismo”) – sem excluir possibilidades de interação e intercâmbio entre outras esferas estatais (legislativa ou administrativa) e não-estatais. Seria uma conversação transversal entre cortes, que supera fronteiras que existam entre as ordens jurídicas que integram, operando-se nos mais variados níveis, tais como: entre o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (ente transnacional) e Tribunais dos Estados-Membros; ou entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Corte Internacional) e tribunais nacionais. Admite-se, assim, que um problema pode surgir em diversas ordens jurídicas, e a sua solução pode advir do “entrelaçamento” entre elas; e, mais, que sejam invocadas decisões de outros tribunais com força de *ratio decidendi* (e não simples *obiter dictum*), e como base para uma reconstrução dos fundamentos jurídicos pautados na ordem estatal em que se situa (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 117, 118, 166-168). Em que pese seu raciocínio parta da análise das possibilidades de interação entre tribunais numa perspectiva internacional, abre as portas para que o mesmo se diga numa perspectiva nacional, interna, e se sustente a possibilidade de troca e atuação articulada entre tribunais de um mesmo país, integrantes de esferas federativas diversas.

da Corte Superior)⁸¹⁻⁸²; senão, para que os tribunais cooperantes, em nome dos seus deveres de coerência, integridade e uniformidade (art. 926, CPC), sigam entendimento já preexistente em outra corte ordinária⁸³.

Isso tudo geraria, inclusive, um diálogo federativo entre os tribunais, ao invés de imposição/supremacia dos tribunais da União em relação aos estaduais⁸⁴.

Uma última questão. Com o advento da EC n. 125/2022, foi inserido o §2.º, no art. 105, CF, que passou a prever, como novo requisito de admissibilidade (a ser regulamentado em lei) do recurso especial, a exigência de demonstração da relevância das questões de direito federal discutidas no caso. Isso tende a contribuir para a redução do número de recursos especiais que cheguem à apreciação do STJ e para um aumento das possibilidades de omissão do STJ acerca da adequada interpretação de leis fede-

- 81 IRDRs e IACs instaurados perante Tribunais de Justiça diferentes, que versem sobre lei ou outro ato normativo federal, podem gerar precedentes obrigatórios com teses jurídicas distintas, e, mais, atentar contra a competência legislativa da União Federal, com a descentralização da interpretação e aplicação do ato normativo (enquanto não haja posicionamento constante em precedente obrigatório do STJ/STF). Sobre o tema, conferir: ONO, Taynara Tiemi. Reflexões em torno da interferência do IRDR no federalismo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 289; considerações de Heitor Sica disponíveis, informalmente, em: < <https://www.facebook.com/profheitorsica/posts/321596238522010>>; DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2020, v. 300. Fredie Didier Junior, no trabalho citado, enfrentou caso em que se instaurou IRDR no TJPB tendo como objeto ato administrativo de agência reguladora federal (a Resolução n. 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL), de modo que a análise do “TJ pode subverter a competência normativa atribuída exclusivamente à União em relação à matéria de prestação de serviços de distribuição de energia elétrica, permitindo que um ente federado, por meio do respectivo tribunal de justiça, exerça controle sobre a aplicação da norma criada pela União”.
- 82 Cf., também, sobre o assunto, VIEIRA, Débora. *A cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais*. Disponível em: < <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/1312471635/a-cooperacao-judiciaria-nacional-entre-irdrs-sobre-a-mesma-questao-de-direito-instaurados-em-diferentes-tribunais>>. Acesso em: 05 ago 2022.
- 83 Interessante a constatação do Guilherme Sokal, que identifica essa realidade no federalismo canadense, onde se entende que os tribunais provinciais, em nome de um princípio de cortesia e mútuo respeito, “devem agir para garantir uniformidade entre todas as esferas de Justiça do país na interpretação do direito, através da necessária consideração, ainda que sem rigorosa vinculação, do sentido já atribuído à mesma norma por outras Cortes. E isso é especialmente relevante quando em jogo, em províncias diferentes, a aplicação da mesma lei federal, porque, salvo circunstâncias excepcionais, os limites rígidos da competência territorial de cada tribunal não devem servir de salvo-conduto para a falta de uniformidade de tratamento quanto ao mesmo parâmetro normativo” (SOKAL, Guilherme. *Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro>. Acesso em: 27 abr 2021, p. 26).
- 84 Assim, Antonio do Passo Cabral, ao menos no que se refere à primeira proposta (de pensar no STF e STJ somente como Cortes de Precedentes), em palestra dada no evento “O Futuro do Direito Processual Civil: Leis Estaduais em tema de processo/procedimento”, promovido pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, USP. Disponível em: < <https://youtu.be/P2Q8gGt1Ny0>>. Acesso em 21 mai 2021. O autor, em tratamento profundo da cooperação transjudiciária (entre juízes e tribunais), defende que existem competências que são exercidas a partir de trocas recíprocas entre os órgãos jurisdicionais, que não implicam relações impositivas, hierárquicas ou verticais. São interações horizontais e colaborativas (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 450).

rais. Daí a intensificação da importância da cooperação entre tribunais ordinários para o estabelecimento de entendimentos uniformes na ausência de posicionamento do STJ (sobretudo, quando já houver entendimento do STJ de que a questão federal em jogo não é relevante e não será submetida ao seu ofício hermenêutico); senão, o fato de existir risco de contradição entre tribunais ordinários acerca da interpretação do enunciado normativo federal ser passível de ser considerado um indicativo de que a questão é relevante e deve ser submetida à análise e julgamento do STJ.

Talvez fosse o caso imaginar-se, como proposta *de lege ferenda*, a previsão de um incidente de deslocamento de competência para STJ, em caso de risco de contradição comprovada entre tribunais ordinários, para que a Corte Superior (e de Vértice) exerça seu papel de firmar precedente nacional sobre o assunto, na condição de intérprete oficial e por excelência da lei federal.

4.3. Competências privativas. Poderes federativos taxativos, residuais e implícitos.

Ainda no campo técnico, as constituições que usam uma repartição horizontal e de isolamento de competências, fazem-no distribuindo poderes taxativos (“elencados”) e residuais (“remanescentes”).

Predomina, nesse contexto, o método de atribuição ao ente central de poderes taxativos e elencados, deixando aos entes periféricos poderes residuais e remanescentes (como nos EUA, Suíça e México). Rara é a técnica inversa, usada no Canadá. Também incomum é o método do sistema indiano, em que ente central e entes periféricos têm poderes expressos, com uma repartição taxativa⁸⁵⁻⁸⁶.

A teoria dos poderes enunciados (do ente central) e remanescentes (dos Estados), originariamente concebida e adotada na Constituição norte-americana⁸⁷, foi objeto de

85 RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. *Revista dos Institutos dos Advogados*, Salvador, número especial, 1987, p. 33; BORGES NETTO, Andre Luiz. *Competências legislativas dos estados-membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85; MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 122 e 128; CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil*. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 76; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476. Com exposição mais extensa dessa forma de repartição, inclusive da técnica norte-americana dos poderes enumerados do ente central que inspirou a brasileira, HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v 315, 1991, p. 55. Observa-se, contudo, que Raul Machado Horta e Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas afirmam que o sistema de repartição canadense não é invertido. Coincidiria com indiano, com repartição dual e integral. A diferença, segundo Raul Machado Horta, é que no indiano há previsão de legislação concorrente. (HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 402 e 403; HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v 315, 1991, p. 56 e 57; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204).

86 HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 364 ss.

87 Na verdade, a Constituição de 1787, em seu texto originário, apenas enumerava poderes legislativos que se transferiram para o Congresso Federal. Foi a Décima Emenda à Constituição de 1791 que inseriu a cláusula

interpretação posterior da Suprema Corte daquele país, no caso *McCulloch v. Maryland* (1819)⁸⁸, no qual reconheceu que, ao lado dos poderes explicitamente enunciados, o ente central deteria *poderes implícitos*, i.e., aqueles que colocassem instrumentos necessários para que se alcançassem finalidades expressamente pretendidas⁸⁹. A visão foi acolhida por grande parte dos estudiosos da federação e isso foi um fator que levou ao engrandecimento do poder central⁹⁰.

Ao lado dos poderes implícitos, que viabilizam o exercício dos poderes enumerados (com seu caráter instrumental), também se mencionam nos tribunais norte-americanos os “*poderes resultantes*” (deduzidos pelo Chief Justice Marshall), que são aqueles que decorrem inevitavelmente do exercício de poderes explícitos (como o exemplo, mencionado pelo Chief Justice Marshall, do poder de governar o território, decorrente da aquisição de um território pelo Estado)⁹¹.

No Brasil, na esfera da competência jurisdicional, por exemplo, os tribunais superiores e as Justiças da União (justiça federal e justiças especializadas) são titulares de poderes elencados, com sua competência privativa devidamente explicitada nos arts. 102, 105, 108, 109, 114, 121, 124, CF – sendo reconhecida, em nossos tribunais, a

segundo a qual os poderes não conferidos ao poder central e não vedados aos Estados, ficam reservados aos Estados ou a Povo (respectivamente). (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204).

- 88 Foi caso conduzido sob presidência do Juiz John Marshall, no qual se discutia a constitucionalidade da criação do segundo Banco dos Estados Unidos pelo Congresso Federal, na ausência de previsão de regra constitucional que concedesse ao poder central semelhante competência. Posicionou-se, então, o Presidente da Corte Suprema (John Marshall) no sentido de que: “Entre os poderes enumerados não encontramos o que estabelece a fundação de um banco ou a criação de uma empresa. Mas não há qualquer frase no instrumento que ... exclua poderes incidentais ou implícitos, e que exija de tudo o que seja concedido deva ser expressamente e minuciosamente descrito”. Se o poder não previsto contribui para o exercício de poderes expressos, deve ser considerado implícito, desde que os fins visados sejam legítimos, não sejam vedados e estejam de acordo com o espírito da Constituição, concluiu o magistrado norte-americano. Com mais detalhes, Schwartz, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 53-55.
- 89 DUARTE, Maria Luísa. *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex, 1997, p. 27.
- 90 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 22, 23, 26 e 27; HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 58. E a Constituição brasileira de 1891 seguiu essa linha. Incluiu previsão de poderes implícitos ao lado dos enumerados para a União (art. 34, n. 33). Mas essa precaução legislativa teria sido abandonada nas constituições seguintes, que se ativeram à técnica dos poderes reservados aos Estados. (HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 58).
- 91 RUSSOMANO, Rosah. *O princípio de federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 70. Segundo Oswaldo Trigueiro, são os que, não estando implícitos em poderes enumerados, decorrem de duas ou mais incumbências explícitas (ex.: a competência do poder central de regular imigração decorre do poder de dirigir política exterior e de legislar sobre naturalização). (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 89). São poderes resultantes, decorrentes ou emergentes (“resulting powers”), emanados de conjunto de competências explícitas, sistematicamente. (DUARTE, Maria Luísa. *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex, 1997, p. 55).

possibilidade de identificação de competências implícitas⁹² (e porque não ditas resultantes). Já as Justiças Estaduais detêm competências remanescentes, definidas residualmente e por exclusão⁹³⁻⁹⁴ - não enumeradas na CF.

Exatamente por isso, a competência do Judiciário Estadual é muito ampla, e termina por assegurar proximidade dos centros de poder à população destinatária (manifestação da subsidiariedade, uma das características do federalismo brasileiro, a seguir abordada).

Pode-se até identificar um desafino federativo nesse contexto, diante da curiosa opção do Constituinte, que, por um lado, concentra mais poderes legislativos na União (com pendor centralizador) e, por outro lado, reserva grande dose de poderes jurisdicionais aos Estados (com inclinação descentralizadora),⁹⁵ o que, insista-se, aproxima o cidadão do órgão decisório, em manifestação da subsidiariedade federativa.

Essa impressão inicial é relativizada, contudo, quando se percebe que aquelas causas de competência da Justiça Estadual, que pressupõem interpretação de lei federal, podem vir a ser remetidas ao ofício uniformizador e centralizador de interpretações da Corte Superior (STJ). Essa é uma das razões para a enorme quantidade de processos que lá tramitam, pois a excessiva concentração de competência legislativa com a União faz com que o maior arcabouço legislativo brasileiro seja federal, e submetido posteriormente a competências recursais de tribunais centrais.

Esse desconforto poderia ser reduzido com a proposta de que possam ser extraídas interpretações diversas para realidades locais diversas, em caso de distinção (trabalhada em item anterior). E pode ser, ainda, abrandado ou neutralizado, quando tribunais distintos constatem um interesse mais amplo na interpretação harmônica do ato nor-

92 Se não houver previsão legal explícita do órgão competente para julgar determinada questão, ainda assim ela há de ser decidida, sendo vedado o “*non liquet*” (negativa à prestação jurisdicional). Em casos tais, é necessário buscar nas entrelinhas do ordenamento qual órgão é dotado de competência implícita (*implied power*) para julgar a causa, em atendimento aos fins constitucionais (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 549 ss.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1, p. 128 e 129; BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição da competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 151 ss.; STF, RE n. 47.757, 2.ª, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 24.08.1962, publicado no DPJ de 17.09.1962; STF, CC n. 6.987/DF, Pleno, rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 27.03.1992, publicado no DPJ de 20.04.1992).

93 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 668-669; LEONCY, Léo Ferreira; CAVALCANTI; Marcos de Araújo. Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um Estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, caput e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 267, 2017, p. 04.

94 Insta pontuar que, segundo José Afonso da Silva, a competência é remanescente (ou reservada) quando é aquela que sobra a uma entidade depois de devidamente definida e enumerada a competência de outra (ex.: art. 25 §1.º, CF); e, por outro lado, a competência é residual quando é a que resta após a definição e enumeração da competência de todas as entidades (SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43 ed. São Paulo: Malheiros e Jus Podivm, 2020, p. 484). Não se vê importância teórica ou prática na distinção.

95 Constatação compartilhada por Antonio do Passo Cabral, em diálogo sobre o assunto.

mativo federal e o risco de contradição, para, em ato concertado de cooperação judiciária (art. 69, §2º, CPC, e art. 6º, V, Resolução n. 350/2020, CNJ), partirem para uma uniformização do entendimento entre eles (até que surja posicionamento da Corte Superior), senão, para, um deles, em nome dos seus deveres de coerência, integridade e uniformidade (art. 926, CPC), seguir entendimento já existente na outra corte ordinária (tal como se observa na experiência canadense mencionada em item anterior).

Dessa forma, o exercício dessas competências privativas pelas justiças e tribunais brasileiros não precisa se dar de forma inflexível, estanque e isolada. Trocas, articulações e cooperações transjudiciárias no desempenho do ofício jurisdicional e hermenêutico (em especial, na interpretação das leis federais) podem contribuir, também, para o equilíbrio federativo. E a Constituição agradece.

5. A SUBSIDIARIEDADE E A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.

Tem-se como da essência do federalismo brasileiro o chamado *princípio da subsidiariedade*⁹⁶⁻⁹⁷, segundo o qual a cada nível de poder devem ser concedidas as competências que melhor possam exercer⁹⁸, de modo que nada deve ser exercido por poder

96 Inicialmente, a subsidiariedade era vista como princípio filosófico ou política social almejada, quando abordada por autores como Aristóteles e Dante Alighieri e, mais recentemente, na doutrina social da Igreja. O princípio da subsidiariedade, em termos jurídicos, se origina do Tratado do Direito Comunitário europeu (Tratado de *Maastricht*, em especial no art. 3B). A ideia é a proximidade das decisões e dos cidadãos a que se destinam. Em termos de competência, lá estabelece que a competência da Comunidade Europeia deve ser reservada para casos em que a atividade não possa ser suficientemente realizada pelos Estados-membros ou seja, quando se justifique, em razão do alcance e das repercussões dessa atuação, que seja melhor realizada no plano comunitário. É o que sintetiza Raul Machado Horta ao afirmar que: “A regra de competência concebe o princípio em função dos critérios da realização suficiente, quando se tratar dos Estados-membros, e da *melhor* realização, no caso da Comunidade”. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 153-161). Sua primeira manifestação em termos de Direito constitucional dá-se na previsão do art. 23 da Lei Fundamental da República Alemã, quando é colocado dentre os princípios democráticos, sociais etc. necessários para a construção da Comunidade Europeia. No Direito constitucional brasileiro, o princípio não é explicitamente consagrado. Mas se observa um ambiente jurídico, político e cultural profícuo para seu acolhimento e desenvolvimento, tendo em vista ser uma ordem federativa de três planos (federal, estadual e municipal), com incorporação de técnica de repartição vertical de competências concorrentes. A subsidiariedade contém a ideia de subsídio, complementação e supletividade, que são afins, pois, com as atribuições dos Estados-membros de suplementar e suprir leis federais gerais no âmbito da competência concorrente. É um corolário do federalismo cooperativo e do regime de repartição de competência adotado. E, admitida a subsidiariedade como ínsita ao Direito constitucional brasileiro, as palavras de ordem são descentralização e valorização da atuação de unidades parciais regionais e locais. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 160-165).

97 Visualizando-a como postulado, com inspiração nas lições de Humberto Ávila, sob argumento de que a subsidiariedade é mais estruturante e se traduz em modo de raciocinar e argumentar em torno de princípios, SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 15 n. 106, 2013 p. 458.

98 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

de nível central quando o possa sê-lo por poder de nível parcial (local). Isso significa que só serão atribuídas competências ao ente federal, que não possam ser suficientemente desempenhadas por ente estadual; e só serão destinadas competências ao ente estadual, quando não possam ser desempenhadas no plano municipal. Ou seja, o Município prefere ao Estado que, por sua vez, prefere à União.

Intimamente ligado ao princípio da subsidiariedade e com ele dialogando, tem-se o princípio da descentralização democrática que prevê que comunidades regionais e locais devem ter competências próprias para reger e administrar questões da população do seu território⁹⁹.

E tudo isso contribui para que se identifique a subsidiariedade (e a descentralização democrática) como importante norte na busca por entes com competência adequada para os mais diferentes processos decisórios, em especial aqueles de que se ocupa o Judiciário¹⁰⁰.

Por exemplo, é válido questionar, nesse contexto, e à luz dessa principiologia, a opção jurisprudencial do STJ (conforme enunciado n. 489 da sua súmula) de, no caso de ações coletivas conexas pendentes na Justiça Federal e na Justiça Estadual, preferir que sejam reunidas na Justiça Federal – sem nem ao menos considerar a necessidade de ponderação casuística em torno de qual órgão teria competência adequada para tanto. Assim como repensar, com base nesses mesmos princípios, o incidente de deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal do processo em que se discuta grave violação a direitos humanos (art. 109, V-A, e § 5º, CF) – tema abordado mais adiante, em item derradeiro.

Colocando a subsidiariedade em plano principiológico, afirma Baracho que “a subsidiariedade é princípio de repartição de competências que, aplicado ao Direito Cons-

99 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra. Almedina, 2003, p. 363.

100 Segundo o princípio da competência adequada, havendo mais de um órgão abstratamente competente – com competência concorrente, pois -, deve predominar o exercício da competência daquele que, no caso concreto, revela ser o mais adequado para julgar a causa – por estar, por exemplo, mais próximo do local do fato ou por facilitar a defesa do réu etc. Assim, segundo Antonio do Passo Cabral: “O juiz natural passa a ser o juiz que pode decidir melhor” (CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 370 e 371; cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 310 ss.). O tema já foi abordado com mais atenção em outros trabalhos: BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 219, 2013; BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento. O problema da repartição da competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 256-262. Abordam a possibilidade de controle da competência a partir da adequação, por exemplo, CABRAL, Antônio do Passo. *Forum non conveniens* e o controle da competência adequada no processo civil brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2017, p. 68; LINO, Daniela Bermudes. Competência territorial adequada nas ações coletivas socioambientais: considerações sobre o CC 144.922/MG. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2018, v. 92, p. 04 ss.

titucional, encontra sua expressão imediata no federalismo”¹⁰¹. É, pois, integrante do próprio conteúdo do princípio federativo¹⁰².

Dáí se pode concluir que as decisões legislativas (assim como outras fontes normativas, como regimentos internos dos tribunais) e administrativas (como resoluções do CNJ e de tribunais) devam ser tomadas pelo nível político mais próximo dos seus destinatários (da decisão)¹⁰³, presumidamente tomado como o mais adequado.

E não podem ser desconsideradas, nesse raciocínio, as decisões judiciais¹⁰⁴. Talvez por isso, subsista a preocupação de definir-se a competência jurisdicional estadual como sendo residual, determinando-a por exclusão, deixando a encargo das Justiças locais tudo quanto não expressamente destinado ao Judiciário da União.

Não existem, no Brasil, justiças municipais – o que se reflete na falta de representatividade municipal nos Tribunais de Justiça do Estado e nos Tribunais nacionais. O ponto não passa despercebido e há quem critique, pois destoa, em tese, da igualdade e

101 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93. Segundo André Tavares, a proporcionalidade também serve de sustento à chamada subsidiariedade (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 951), pontuando Zimmermann, que, somente quando a instância parcial e inferior não demonstra aptidão e condições adequadas de atender e dar concretude a um interesse comum, a instância centralizadora (União) deve entrar em cena (ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 210-212).

102 Trata-se de princípio expresso no art. 3.º, do Tratado de Maastricht, de 1992, e no art. 23, da Constituição Alemã de 1949 (redação de 1990) (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 951).

103 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 9; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, 1995, p. 52-54; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92; BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84, 90 e 91; CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998, p. 06 e 07. Juraci Mourão visualiza a aplicação do princípio no ordenamento brasileiro com reservas, diante das grandes diferenças e desigualdades regionais e locais, que implicariam dificuldades de implementação das atribuições conferidas a certos Estados e Municípios. Para o autor, a ideia de preponderância do interesse aplicada isoladamente é mais moderada e eficaz, permitindo que entes periféricos atuem próximos de sua realidade na medida do possível. (FILHO, Juraci Mourão Lopes. *Competências Federativas*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 261-263). Na verdade, a leitura conjunta de ambos princípios permite chegar ao meio-termo.

104 Mas o que se sustenta não é a aplicação irrazoável ou desvirtuada do princípio da subsidiariedade, a ponto de desnaturar competências constitucionais dos órgãos jurisdicionais brasileiros. Por exemplo, a Resolução n. 03/2016, do STJ, publiciza o entendimento da Corte Especial de que cabe Reclamação contra decisão de Turma Recursal Estadual ou de Distrito Federal que contrarie entendimento consolidado do STJ (em IAC, IRDR, RESp repetitivos, súmulas) ou para garantir observância de precedente, perante o Tribunal de Justiça do Estado. Apesar do entendimento prestigiar a competência de tribunal local e mais próximo da população destinatária, acaba por incorrer em violação o princípio do juiz natural, na medida em que o STJ delega competência sua (constitucional e absoluta, para garantir autoridade de suas decisões) para Tribunal de Justiça do Estado, e ainda diz qual órgão interno (Câmaras Reunidas ou Seção Especializada) que vai exercê-la (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2022, v. 3, p. 714), assim como viola o princípio federativo, pois atribui para Tribunal Estadual competência para defender interpretação uniforme firmada pelo STJ em torno de lei federal, o que ainda dá ensejo e abre espaço para que cada Estado adote interpretação diversa.

subsidiariedade esperada do federalismo brasileiro. Essa descentralização do Judiciário tornaria a Justiça mais próxima ainda do jurisdicionado¹⁰⁵.

Entretanto, dificuldades práticas e operacionais acenam que esse não seria um caminho viável para a maior parte dos Municípios brasileiros, diante, sobretudo, dos altos custos que envolveriam a manutenção de um judiciário local. E o raciocínio adequado à luz da subsidiariedade é de que a competência jurisdicional é alocada e concentrada em estruturas judiciárias da União e dos Estados, exatamente porque não podem ser suficiente e satisfatoriamente exercidas no contexto municipal. Além disso, atentaria contra a simetria federativa a previsão de judiciários municipais, quando se sabe que a maioria dos Municípios brasileiros ficaria para trás e não teria como atender de forma minimamente aceitável esse chamado constitucional.

Porém, uma boa forma de compensar (ou ao menos minimizar) a inexistência de judiciário municipal seria permitir a participação consultiva de ente municipal¹⁰⁶, na condição de *amicus curiae*, nos processos que envolvam interpretação e aplicação de lei do Município, considerando a “especificidade do tema” (art. 138, CPC)¹⁰⁷. Seria assegurado um diálogo federativo do Município com o Judiciário de outra esfera da federação, contribuindo, assim, a municipalidade, para o exercício da função jurisdicional e do ofício hermenêutico dos atos normativos oriundos da sua localidade. Seria o desempenho de uma função tipicamente consultiva, na linha do que prevê o art. 30 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942, inserido pela Lei n. 13.655/2018)¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, que prevê o dever das autoridades públicas (dentre elas, as municipais) de prestar consultas,

105 Assim, CRITSINELTIS, Marco Falcão; FONSECA, Ney Moreira da. *O Poder Judiciário Municipal e a Aplicação Social da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 160 ss.; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.021.

106 Reflexão surgida em diálogo virtual com Antonio do Passo Cabral.

107 Segundo o art. 376, CPC, se a parte alegar Direito municipal, o juiz, desconhecendo a existência do enunciado normativo, poderá determinar a produção de prova do seu teor e vigência. Quando se trata de dispositivo que já vem sendo invocado nos tribunais, a interpretação dada a ele pelos tribunais pode ser objeto de prova. Mas isso não torna menos útil ouvir a municipalidade a esse respeito, ainda mais por contribuir para garantir sua participação no processo de construção do sentido a ser dado às suas leis, considerando valores e contextualizações locais.

108 “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

109 Antonio do Passo Cabral enxerga o art. 30 da LINDB como um divisor de águas para a função consultiva no ordenamento brasileiro, por permitir que os próprios juízes exerçam uma jurisdição consultiva de forma mais abrangente, assim como o Judiciário responda a consultas em torno da administração da justiça. Na proposta desse texto, a consulta possível teria natureza diferente, pois seriam ouvidos entes legislativos ou administrativos, acerca do ato legislativo municipal em questão, o que é perfeitamente possível, tendo em vista a abrangência do texto legal que fala de consultas a “autoridades públicas”, sem nenhum tipo de restrição à esfera estatal que integre (CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito processual civil*. Tese apresentada como requisito para promoção ao posto de Professor Titular da Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 2022, p. 124 e 127; sobre a jurisdição consultiva, VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 231-235).

para aumentar a segurança jurídica na interpretação e aplicação de atos normativos. Seria, ainda, mais uma manifestação de transfederalismo, tendo em vista tratar-se de colóquio interfederativo e interinstitucional entre Poderes diferentes e de contextos federativos distintos¹¹⁰.

Nesse particular, ter-se-ia, ainda, espaço legislativo para a produção de lei municipal suplementar em matéria de processo e procedimento (temas coincidentes entre si)¹¹¹, para disciplinar essa hipótese de intervenção do Município como *amicus curiae* consultivo, definindo, por exemplo, o ente ou órgão que interviria (como a Câmara

110 Outro tipo de diálogo federativo dessa natureza poderia ser assegurado no contexto dos Núcleos de Justiça 4.0. A Resolução n. 385/2021, CNJ, concedeu aos tribunais o poder de instituírem “Núcleos de Justiça 4.0”, aos quais se atribui uma competência diferenciada. São Núcleos especializados em razão de uma mesma matéria, para os quais serão distribuídos processos exclusivamente eletrônicos, e “com competência sobre toda a área territorial situada dentro dos limites da jurisdição do tribunal”. Percebe-se, assim, que a competência dos Núcleos é definida: a) em razão da matéria, na qual deverão se especializar; b) com poder de atuação em toda a base territorial em que exerce jurisdição o próprio tribunal que a instituiu (ex.: território do Estado da Bahia, se instituído pelo TJBA) - ou apenas em uma ou mais regiões administrativas do tribunal (cf. art. 1º, §1.º); c) em razão da forma de tramitação do feito, pois só incluirá processos que caminhem de acordo com o “Juízo 100% Digital”, com atos exclusivamente eletrônicos (art.1º, §2.º). A Resolução n. 398 do CNJ, de 9 de junho de 2021, por sua vez, regulamentou a atuação desses núcleos, prevendo a sua utilização, nos termos do art. 1º, para: i. *questões especializadas* em razão de sua *complexidade*, da *pessoa envolvida* ou da fase processual em curso; ii. processos repetitivos ou direitos homogêneos; iii. questões afetadas por precedentes obrigatórios (sobretudo oriundos de IAC, IRDR, julgamento de REsp ou RE repetitivos); iv. casos de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário; v. demandas com elevado prazo para a realização de audiência ou sessão de julgamento ou com elevado prazo de conclusão para sentença ou voto. Caberá aos tribunais de justiça determinar os processos que serão encaminhados para esses núcleos, considerando seu *assunto*, *classe*, ou *fase processual*, *estabelecendo a região de atuação do núcleo* e a sua composição (§1º, art.1º). A Resolução n. 398/2021 apenas limita a distribuição por pessoa, definindo que somente poderá ser realizada para demandas com grandes litigantes em um dos polos processuais (§2º, art. 2º). Essa estrutura permite, segundo Antonio do Passo Cabral (conforme post em redes sociais e canal do telegram; e CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 296 e 297), uma especialização realizada com foco em juízes (e não juízos) especializados, na medida em que propõe a designação de magistrados com especialização em matérias de extrema especificidade, caso em que não há razão que justifique a criação de uma vara própria e privativa para atuação em torno do tema.

Pois bem. Seria possível e passível de cogitação a criação de Núcleos de Justiça 4.0 (em especial, por TJ), com competência sobre território de determinado Município ou conjunto de Municípios, e para o julgamento de determinadas matérias reguladas pela respectiva legislação municipal (com competência em razão da complexidade da matéria, ou até mesmo da pessoa). De acordo com o referido ato regulamentar, o NJ 4.0 depende de negócio processual celebrado pelas partes, que se aperfeiçoa com a não oposição do réu ao direcionamento da demanda pelo autor ao NJ 4.0 (art. 2.º, §6.º, da Resolução n. 385/2021). Nada impediria a elaboração de um protocolo institucional (negócio processual) entre o Município (litigante habitual) e o tribunal, em que o Município previamente concorde com o encaminhamento de processos que envolvam essas específicas leis municipais para o NJ 4.0 especializado. O ato negocial poderia ser considerado presumidamente benéfico para o litigante adversário (e eventual) e para a administração da justiça, em razão da especialização do órgão para o tema envolvido no caso – não se excluindo, contudo, a possibilidade de que o litigante eventual se oponha, nos termos da referida resolução. Mas o benefício maior é a aproximação desse centro de decisões especializadas (NJ 4.0) em questões da municipalidade da própria população destinatária, e das peculiaridades locais que influenciam no desempenho da atividade hermenêutica. Trata-se de ideia desenvolvida a partir de provocação e reflexão de Leandro Fernandez.

111 Sobre a inexistência de diferença entre processo procedimento, BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento. O problema da repartição da competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 352, 353, 34 ss., 383, 384

de Vereadores, o Prefeito, a procuradoria local), e seu papel em juízo - com base na competência que lhe é conferida pelos arts. 22, I, e 24, XI, 30, I e II, CF, para “legislar sobre assuntos de interesse local”, e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (i.e., em matéria de interesse local)¹¹².

Uma forma adicional de aproximar e avizinhar ao menos as portas extrajudiciais de acesso à justiça da municipalidade seria admitir a criação e disciplina de câmara de mediação e conciliação (art. 174, CPC, e art. 32 da Lei n. 13.140/2015), para solução consensual de conflitos que envolva o Município (ou órgãos/entidades da administração municipal), com base na competência que lhe é conferida pelo art. 30, I e II, CF, para “legislar sobre assuntos de interesse local”, e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (i.e., em matéria de interesse local), e numa extensão da prerrogativa reconhecida no art. 174, CPC. Seria possível, ainda, aproveitar essa mesma estrutura para instituir câmara de arbitragem que permita solução heterocompositiva e jurisdicional para esses conflitos administrativos¹¹³.

Isso é possível por ser a arbitragem matéria de processo e procedimento (que se confundem entre si) e, pois, na linha da interpretação anteriormente já dada aos artigos 22, I, e 24, XI, CF, objeto de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal¹¹⁴ - ainda mais quando voltada para resolver conflito que envolva a administração pública -, bem como por tratar-se de assunto de interesse local.

Assim, a Lei Federal n. 9.307/1996 contem normas gerais de arbitragem que podem ser suplementadas (ou supridas) pelos Estados e Municípios. Não é à toa que já existe Lei e Decreto municipal sobre arbitragem em São Paulo e Lei Estadual sobre o mesmo assunto em Minas Gerais, por ex. Afinal, ao lado das normas gerais federais constantes na Lei n. 9.307/1996, podem ser criadas normas suplementares (e supletivas), de origem estadual ou municipal, para disciplina de assuntos ligados ao processo arbitral a ser empregado no território daquele Estado ou Município¹¹⁵ e a câmara arbitral a conduzi-lo.

112 Apesar de não existir uma justiça municipal, exemplos como esse demonstram que não é irrelevante a competência dos Municípios para produzir lei municipal suplementar em matéria de processo e procedimento – ainda que se trate de processo/procedimento conduzido por Judiciário estadual ou federal. O Legislativo municipal pode produzir leis que regulamentem, por exemplo, o poder de seus procuradores de selar negócios processuais, estabelecendo hipóteses de negociação processual (inclusive os limites a serem observados para a prática de atos como a desistência de ação ou de recurso), assim como a possibilidade de intimação de seus procuradores por telefone.

113 Talvez, de acordo com sugestão de Leandro Fernandez, em diálogo informal, uma outra possibilidade seja a criação de previsão assemelhada àquela constante no art. 36, *caput* e § 1º, Lei 13.140/2015: “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta”.

114 BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento. O problema da repartição da competência legislativa no Direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 352, 353, 34 ss., 383, 384

115 Ou das comunicações entre árbitros e juízes, como propõe o Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de Pernambuco (Lei n. 16.397/2018) acima citado, nos seus artigos 93 e 94. Prevê, dentre outros, que

É o caso da Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que trata da instauração do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, regulamentando sua atuação¹¹⁶⁻¹¹⁷. Lá estão previstas regras que estabelecem, por exemplo, que só poderá ser árbitro sujeito com “conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato” e que seja “membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado”. Disciplinam-se, ainda, os requisitos necessários para a atuação de câmara arbitral nesses litígios¹¹⁸.

É, mais ainda, o caso da Lei n. 17.324/2020, do Município de São Paulo¹¹⁹, que “institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta”, e, no seu art. 7.º, prevê que “A Administração Pública Municipal Direta e Indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”, regulamentando a matéria no Decreto n. 59963/2020¹²⁰, que trata de questões ligadas à convenção de arbitragem (negócio jurídico processual), ao procedimento a ser seguido e às câmaras em que poderá ocorrer, por exemplo. Entretanto, ao invés de instituir câmara arbitral municipal, também prevê um cadastramento de câmaras arbitrais, mediante criação de uma lista referencial das entidades que atendam requisitos mínimos do art. 19 deste mesmo decreto, para permitir a administração de procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública Municipal Direta e Indireta.

A CF opta, ainda, por investir, por sua vez, em outras formas de descentralização (ainda que não federativa) do Judiciário, como a Justiça Itinerante (cf. arts. 107, §2.º, 115, §1.º, e 125, §7.º, CF), a possibilidade de juiz de direito exercer competência trabalhista ou federal (arts. 109, §3.º, e 112, CF) quando ausente juiz do trabalho ou juiz

juizes devem cooperar com árbitros, inclusive no cumprimento de ordens, diligências, despachos e decisões, solicitado por carta arbitral - que preencha requisitos da precatória e contenha convenção de arbitragem, bem assim prova de nomeação do árbitro e da sua aceitação. Além disso, chama a atenção a possibilidade de tramitação da carta pela via eletrônica e o regramento das hipóteses de recusa da carta arbitral.

116 Disponível em <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>>. Acesso em 04 out 2014.

117 Há outras possibilidades no âmbito da arbitragem. O art. 4.º, II, da Lei Complementar n. 80/1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e que prescreve *normas gerais* para sua organização nos *Estados*, insere, dentre as suas funções institucionais, a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, inclusive por meio de arbitragem. Ora, mais do que razoável uma lei estadual regulamentar essa atuação dos defensores no contexto da arbitragem, tratando da possibilidade de defensores públicos agirem como procuradores das partes nesses processos arbitrais, bem como de órgão da Defensoria Pública assumir a condição de câmara ou tribunal arbitral, com serviços gratuitos e voltados para tutela de direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, dos necessitados.

118 “Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”.

119 Disponível em: <Lei Ordinária 17324 2020 de São Paulo SP (leismunicipais.com.br)>. Acesso em 11 ago 2021.

120 Disponível em: <Decreto 59963 2020 de São Paulo SP (leismunicipais.com.br)>. Acesso em 11 ago 2021.

federal na localidade, e, também, com a descentralização das funções do TRF, TRT e TJ, mediante atuação de Câmaras Regionais (art. 107, §3.º, 115, §2.º, 125, §6.º, CF).

A proximidade do agente produtor das decisões estatais (legislativas, administrativas e jurisdicionais) contribui para o melhor exercício de direitos por aqueles que por elas (decisões) serão atingidos, seus destinatários, bem como permite a mais autêntica fiscalização, pela população local, do exercício desse poder jurisdicional, normativo e gestor. Isso também na perspectiva do mais efetivo acesso à justiça e da fiscalização popular da prestação dos serviços jurisdicionais.

Os problemas e os conflitos identificados no seio da sociedade são predominantemente locais, e as respostas, soluções e caminhos possíveis são, a princípio, mais bem concebidos e construídos no plano local¹²¹.

Em que pese a opinião de certos autores, segundo os quais esse foi um norte considerado pelo Constituinte originário de 1988 na repartição de competência¹²² (i.e., a subsidiariedade), outros denunciam sua postura centralizadora a partir da qual muito pouco fora destinado aos Estados, cuja competência ficou deveras reduzida em extensão e relevância¹²³. Teria havido um desvirtuamento do princípio da subsidiariedade a tal ponto que Celso Ribeiro Bastos tem admitido, contrariado, que “a regra de ouro da nossa federação tornou-se a de que a União cumpre um papel hegemônico na atividade legislativa em todos os níveis”¹²⁴.

Entretanto, a CF traz regras que, lidas em conjunto, despontam no sentido do prestígio dessa subsidiariedade. Basta pensar na colocação do Município com *status* de ente federado, enfatizando a descentralização com estabelecimento de esferas mais localizadas e reduzidas de autonomia política e administrativa; ou, ainda, a previsão do art. 25, §1º, CF, segundo a qual “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, atribuindo-se a esses entes parciais poderes por exclusão (remanescentes e residuais)¹²⁵. A própria competência residual do Judiciário estadual (já mencionada), que é organizado por lei local, desponta nesse sentido, ainda que na perspectiva jurisdicional.

A partir daí se coloca a necessidade de implemento de interpretações do texto da CF e da própria lei (bem como de outras fontes normativas) que se conduzam por esse

121 SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15 n. 106, 2013 p. 458.

122 BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85 e 91. Apesar do autor, em seguida, reconhecer que a descentralização almejada não se implementou, concentrando-se maior soma de poderes com a União.

123 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 197.

124 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 259.

125 SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15 n. 106, 2013 p. 468.

espírito de busca do interesse que predomine em torno da decisão legislativa ou administrativa (ou jurisdicional) a ser adotada (geral, regional ou local)¹²⁶, mantendo-a o mais próxima possível da população destinatária. Isso nada mais é do que uma leitura voltada para a identificação da autoridade com competência adequada para decidir.

6. FEDERALISMO SIMÉTRICO. AUSÊNCIA DE PREFERÊNCIA NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS.

O grau de descentralização do federalismo interfere na repartição de poderes.

Quando a descentralização é mais intensa, são conferidas competências mais amplas aos Estados-membros (ex.: EUA). Quando a centralização se acentua é concentrada a maior parcela de competência no poder central.

Mas na federação não há supremacia do poder central sobre Estados, nem dos Estados sobre o poder central. Há igualdade entre os entes que compõem a federação.

A despeito disso, no federalismo norte-americano, por exemplo, colocou-se em voga o chamado “princípio de supremacia nacional sobre Estados” para o contexto do conflito constitucional de competências legislativas.

A jurisprudência norte-americana sustentou que, se a lei estadual contraria a lei federal, quando ambas revelam sinais razoáveis e consideráveis de constitucionalidade, prevalece a lei federal. Isso porque sua Constituição prevê que a lei federal, a Constituição e os tratados são legislação suprema no país. A ideia é que a lei federal não pode ser contrariada por lei estadual por mais que essa última seja produzida no exercício de competência constitucionalmente assegurada¹²⁷.

No Brasil, a questão é resolvida no contexto da aferição da constitucionalidade formal da lei - i.e., se o Estado, ao produzi-la, invadiu esfera de competência da União. Por isso, o princípio citado, segundo Celso Bastos, não faria sentido aqui¹²⁸. A despeito

126 A boa razão, proporção e medida nessa partilha da competência são asseguradas pelo chamado *princípio da predominância do interesse* (ou *peculiar interesse*), que determina que se incumba à União a competência de cuidar de temas e questões sobre os quais prevaleça interesse geral ou nacional, reservando-se aos Estados a tarefa de tratar daquilo em que prevaleça o interesse regional e, por fim, aos Municípios, debruçar-se sobre assuntos de interesse mais localizado. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002, p. 144. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que a distribuição de competência se dá com base na regra do “peculiar interesse”, constatando que os interesses ou são peculiares (particulares) a uma certa “zona” – interessando diretamente àquela localidade e só indiretamente a todo país - ou são gerais, interessando diretamente a todo país. Assim, o que se leva em consideração na identificação do interesse peculiar ou particular é a predominância do interesse local sobre o nacional e, não, a exclusividade do interesse local. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 72 e 73).

127 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 29-31.

128 O que ratificam, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 886 e 887.

disso, há doutrina que com ele se impressione a ponto de afirmar uma suposta supremacia da lei federal sobre a estadual (princípio da hierarquia das leis)¹²⁹. Segundo Celso Bastos, isso é importação acrítica, simplista e exacerbadora do sentido desse princípio norte-americano (de aplicação restrita e excepcional nos EUA)¹³⁰.

Prova de que essa visão não tem cabimento no ordenamento constitucional brasileiro é a previsão do art. 102, III, “d”, CF (inserida pela EC n. 45/2004), de que o STF tem competência para julgar, em recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida reputar “válida lei local contestada em face de lei federal”, sendo que, nesse contexto, parece válido considerar haver competência implícita do STF, também, para o julgamento de recurso extraordinário quando ocorrer o inverso, i.e., quando a decisão recorrida considerar válida lei federal em detrimento de lei local. Afinal, o modelo federativo brasileiro não estabelece subordinações ou privilégios entre os entes federativos e seus atos normativos¹³¹. Cabe ao STF dizer se, pela CF, quem tinha competência para legislar sobre a matéria era o Estado (ou Município, crescente-se), por lei local, ou a União, por lei federal; ou se deve prevalecer a lei local ou federal, o que denota que não se dá tratamento privilegiado a nenhuma das entidades federativas ou suas leis.

Junto a isso, a ADin n. 5492 (do Governador do Rio de Janeiro) veio denunciar outras atitudes legislativas de quebra da igualdade federativa na esfera jurisdicional. Isso porque o artigo 1.035, §3º, inciso III, CPC, prevê a repercussão geral presumida do recurso extraordinário quando decretado inconstitucional apenas tratado ou lei federal, o que facilita o acesso ao STF pelas vias extraordinárias somente nos casos de inconstitucionalidade de atos normativos federais, sem previsão dessa mesma abertura da sua competência recursal quando em jogo ato normativo estadual, distrital ou municipal.

Trata-se de caso de preferência federativa indevida (art. 19, III, CF) e quebra do dever de lealdade federativa (pela desconsideração dos interesses dos demais entes federativos, ou ausência de foco no bem comum) - como dito na petição inicial da referida ação¹³². Denuncia-se ter a União criado regime que beneficia somente seus

129 Essa ausência de hierarquia também já foi ignorada por emendas constitucionais e leis editadas no Brasil (SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15 n. 106, 2013 p. 460). É o caso da moratória heterônoma admitida pelo art. 152, I, b, CTN. Segundo esse dispositivo, a União está autorizada a conceder moratória sobre tributos estaduais, distritais e municipais – quando simultaneamente concedida a tributos federais e obrigações de direito privado -, o que coloca em risco a autonomia dos entes federativos parciais estaduais e municipais, em franco prejuízo ao pacto federativo e o consectário da igualdade entre entes federados.

130 BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986, p. 29-31.

131 TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 211.

132 Trata-se da visão de SOKAL, Guilherme Jales. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: 2016, v. 70, p. 147 e 148. O autor também argumenta que teria havido abuso de poder legislativo (mais especificamente da competência legislativa do art. 22, I, CF).

próprios interesses, sem tutela dos interesses das demais esferas federativas, em pé de igualdade.

Na federação brasileira, não há supremacia do poder central sobre Estados, e vice-versa, mas, sim, paridade entre os entes que compõem a federação, não se coadunando com um federalismo cooperativo atitudes que promovem desarmonia e falta de simetria entre entes federados. A regra questionada precisa ser interpretada conforme a CF para que se entenda que também há repercussão geral presumida nos casos de inconstitucionalidade de atos normativos dos demais entes políticos.

Inclusive, o art. 19 da CF brasileira, ao consagrar algumas vedações de cunho federativo, coloca, dentre elas, no seu inciso III, a vedação a que União, Estados, DF e Municípios criem “preferências entre si”, exigindo uma paridade e simetria federativa entre diferentes níveis da federação e dentre entes do mesmo nível federativo (i.e., entre um Estado federado e outro ou entre um Município e outro)¹³³⁻¹³⁴.

O Poder Judiciário Dual, com Judiciário federal e estadual, cada qual com juízes e tribunais próprios, e competências próprias, é uma expressão dessa simetria¹³⁵.

Mas há casos em que o legislador se depara com encruzilhadas federativas, cabendo a ele ponderar e definir se cabe prestigiar a atuação das Justiças da União ou das Justiças Estaduais, e qual delas, em tese, melhor desempenhará o múnus em questão.

Por exemplo, se a causa tramita na Justiça Estadual, a intervenção de um dos entes federais referidos no art. 109, I, CF, determina a competência da Justiça Federal. Mas só o juízo federal tem o poder de verificar a regularidade dessa intervenção e determinar se a competência é, de fato, sua. Desse modo, a simples intervenção do ente federal no feito já obriga o juízo estadual a remeter os autos para o juízo federal (art. 45, CPC),

133 Segundo José Afonso da Silva, o dispositivo somente assegura paridade entre entes de mesmo nível, asseverando que: “A paridade federativa encontra apoio na vedação de criar preferências entre um Estado federado e outro ou outros, ou entre os Municípios de um Estado e os de outro ou de um mesmo Estado, ou entre Estado e Distrito Federal” (SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 474).

134 Mas, na prática, predomina, ainda, a assimetria, historicamente justificada pela criação originária de Estados e Municípios sem aptidão econômica para dar conta das atribuições político-administrativas que lhes foram conferidas, com a acentuação de diferenças regionais e locais e dependência do ente central federal. Isso se revela, outrossim, em desigualdades observadas na participação estadual na composição da vontade normativa nacional, inclusive, no Judiciário. Basta observar que dos 168 ministros que estiveram ou estão no STF, mais da metade deles são originários de Estados do Sudeste do país, e somente um veio do Norte do país (do Pará, no caso o Min Menezes Direito), mas ainda assim com formação no Rio de Janeiro (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=estadoOrigem>>. Acesso em 28 abr 2021; <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=estadoOrigem>>, acesso em 05/12/20. Da recente notícia <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/12/senadores-pressionam-bolsonaro-por-nome-do-norte-no-supremo-em-2021.shtml?origin=uol>>. Acesso em: 28 abr 2020. Informação levantada por SOKAL, Guilherme. *Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro>. Acesso em: 27 abr 2021, p. 14).

135 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 614.

a quem incumbirá analisar a cabimento da intervenção: se julgar pelo seu cabimento, dará processamento ao feito; caso contrário, retornará os autos para o juízo estadual (sem suscitar conflito, cf. art. 45, § 3.º, CPC), que não poderá rever a decisão, podendo, contudo, suscitar o conflito de competência. É o que entende o STJ, a teor dos enunciados da súmula de sua jurisprudência de n. 150, 224 e 254 (em parte, positivados no art. 45, CPC).

Por outro lado, mas ainda a título de exemplificação, observe-se que a parte final do art. 109, I, CF, prevê como exceção a essa regra de que a presença ou intervenção de um dos entes federais referidos no art. 109, I, CF, determina a competência da Justiça Federal, as causas de falência (o que abrange recuperação judicial e insolvência civil, cf. art. 45, II, CPC¹³⁶) e as causas relativas a acidente de trabalho (ajuizadas contra INSS, autarquia federal). São causas de competência exclusiva das Justiças Estaduais, ainda que haja ente federal em juízo ou interesse federal em jogo.

Fazem parte do equilíbrio federativo que se espera do ordenamento positivado, escolhas que façam a balança pender ora para um lado (central) ora para outro (parcial/periférico).

Entretanto, na interpretação e aplicação concreta das regras legais de competência, não são compatíveis com o pacto federativo e com a igualdade entre entes federados posturas judiciais que prestigiem aprioristicamente a União ou Estado, como se houvesse esse tipo de preferência constitucional entre eles como uma inerência do federalismo brasileiro. No exercício concreto de competências jurisdicionais, não há que se falar em subordinação do local ao federal ou vice-versa. A busca deve ser sempre pelo órgão com competência adequada para o caso.

Da mesma forma, decisões da Justiça nacional não se sobrepõem necessariamente àquelas que advenham de Justiças Estaduais. Cada ente e cada órgão jurisdicional atua no seu quadrante, e se um invade a esfera de competência do outro, julgando o que não lhe cabe, aplica-se o art. 64, §4.º, CPC¹³⁷ (e a *translatio iudicii*), de forma que os efeitos da decisão serão preservados, salvo se for invalidada e outra for proferida pelo órgão verdadeiramente competente.

Ainda que, eventualmente, subsistam, no sistema, decisões transitadas em julgado oriundas de justiças diversas, sendo uma delas federal e outra estadual, e não haja mais prazo para ação rescisória, o critério para definição da prevalecente é temporal. Prevalece a segunda coisa julgada, segundo entendimento firmado no STJ¹³⁸, e em dou-

136 Excepcionando a insolvência civil, tem-se precedente obrigatório do STF, Pleno, RE n. 678.162/ AL, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26.03.2021, publicado no Dje de 29.03.2021.

137 “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

138 Assim, STJ, 4.ª T., AgInt no REsp n. 1270008/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 21.08.2018, publicado no Dje 27.08.2018; STJ, 2.ª T., AgRg no AREsp n. 200.454/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 17.10.2013, publicado no Dje de 24.10.2013; STJ, 2.ª T., REsp n. 1524123/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 26.05.2015, publicado

trina¹³⁹, não havendo qualquer supremacia ou superioridade daquela oriunda do juízo ou tribunal federal.

Diante disso, passível de críticas a já mencionada concepção de que a reunião de causas conexas, pendentes em justiça diferentes (uma na federal e outra na estadual), ocorrerá necessariamente na Justiça Federal, com base no enunciado n. 489, da súmula da jurisprudência dominante do STJ (um caso excepcional, registre-se, em que conexão modificaria competência absoluta) - e, de certa forma, na linha do enunciado n. 122, da súmula da jurisprudência dominante do STJ¹⁴⁰.

Trata-se de entendimento questionável. Isso porque não se assegura a busca, em concreto, do órgão com competência adequada para julgar a causa, i.e., daquele que tem melhores condições de conduzi-la e decidi-la no caso concreto, que poderá ser da Justiça Estadual ou Federal – busca esta especialmente importante no âmbito das

no Dje de 30.06.2015; STJ, 2.ª T., AgInt no REsp n. 1684068/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 24.10.2017, publicado no Dje de 07.11.2017; STJ, 6.ª T., REsp n. 400.104/CE, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 13.05.2003, publicado no DJ de 09.06.2003; STJ, 2.ª T., REsp n. 598.148/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 25.08.2009, publicado no Dje de 31.08.2009; STJ, 6.ª T., AgRg no REsp n. 643.998/PE, Rel. Min. Celso Limongi, Desembargador Convocado do TJ/SP, j. em 15.12.2009, publicado no Dje de 01.02.2010. Na verdade, a Corte Especial do STJ já firmou, em julgamento de embargos de divergência em agravo em recurso especial n. 600.811, em 2019, a tese de que, em caso de conflito de coisas julgadas, a última decisão transitada em julgado deve prevalecer, visto que “prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória” (rel. Min. Og Fernandes, julgado em 04/12/2019, Dje 07/02/2020).

139 Em que pese subsista a visão contrária, e ela predomine dentre os processualistas paulistas, como Thereza Alvim (ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1985, n. 39, p. 12), Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina (ALVIM Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2006, p. 38), Sálvio de Figueiredo Teixeira (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Ação Rescisória – apontamentos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 53, p. 58), Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 478), e autores como Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. A questão das coisas julgadas contraditórias. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 271, 2017, p. 297-307), o entendimento esposado na Corte Especial do STJ é o mesmo de muitos processualistas respeitados, de norte a sul do país. Trata-se da linha de pensamento de Fredie Didier Junior (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 400 e 401), José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 225-228), Nelson Nery Jr., Rosa Maria Andrade Nery (NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.917), Pontes de Miranda (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: 1998, Forense, p. 358), Flávio Yarshell (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória. Juízos Rescindente e Rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 317-320), Beclaute (SILVA, Beclaute Oliveira. Conflito entre coisas julgadas e o PL n. 166/2010. In: DIDIER JR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias (coord). *Projeto de Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 160 e 161), Luís Alberto Thompson Flores Lenz (LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Conflito de Coisas Julgadas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 142, 2006, p. 253), por ex., que optam, em linhas gerais, por preservar o princípio da segurança jurídica, justificando que a coisa julgada faz lei entre as partes (art. 503, CPC) e a lei posterior prevalece sobre a lei anterior. Além disso, considera-se que a segunda coisa julgada que ofendeu a primeira coisa julgada, só poderia ser desconstituída por ação rescisória e, como não ajuizada rescisória no prazo, é essa segunda coisa julgada que acabará prevalecendo. Não havendo qualquer supremacia ou superioridade daquela oriunda do juízo ou tribunal federal.

140 “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexas de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”

ações coletivas (que podem envolver dano nacional, regional ou local)¹⁴¹. Além disso, não se considera a possibilidade de suspensão de uma das causas para que se aguarde o julgamento da outra, tampouco a possibilidade de que a competência seja por elas (as Justiças envolvidas) de alguma forma compartilhada mediante cooperação e concerto (art. 69, §2.º, CPC, e art. 5.º, V, Resolução n. 350/2020, CNJ), nem que seja para julgamento conjunto de questão incidental comum.

Absurdo, assim, constatar, da leitura de alguns precedentes que deram origem à referida súmula, que se invoca como sua *ratio* uma suposta supremacia da União sobre Estados-membros dita inerente ao federalismo brasileiro, entendendo-se, ainda, tratar-se de decorrência do princípio federativo a inadmissibilidade de sujeição da União à Justiça de um Estado-membro, muito embora o contrário possa ocorrer¹⁴². Trata-se de tese que afronta os termos da Constituição brasileira, bem assim o princípio federativo, e a simetria e igualdade que se asseguram aos seus entes federados.

141 Nas ações coletivas decorrentes de dano regional ou nacional, na forma do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), é competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (foros concorrentes), só que o juízo da Capital escolhida (ou o próprio Distrito Federal) pode ser muito distante do foco do dano, sugerindo-se que seja reconhecida, em concreto, a competência adequada dos juízos das comarcas efetivamente envolvidas e atingidas pelo dano (ou ilícito) – porquanto facilite a produção da prova, a defesa do réu, a publicidade da demanda para a coletividade atingida, a adequada notificação e identificação de seus membros etc. Aborda a possibilidade de controle da competência a partir da adequação, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 4 v., p. 143 ss. e 117 ss.; CABRAL, Antônio do Passo. *Forum non conveniens* e o controle da competência adequada no processo civil brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2017, p. 68; LINO, Daniela Bermudes. Competência territorial adequada nas ações coletivas socioambientais: considerações sobre o CC 144.922/MG. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2018, v. 92, p. 04 ss. Nos autos do CC n. 144.922, a 1.ª Seção do STJ entendeu ser competente a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e, não, a Vara da Justiça Estadual, para ações coletivas ajuizadas com fundamento nos danos causados pelo desastre de Mariana, em Minas Gerais. Trata-se de julgado paradigmático (em que pese sua conclusão seja questionável), que se pauta em critérios de melhor exercício da jurisdição, efetividade, visão macroscópica do litígio para definição da competência jurisdicional em concreto, adotando implicitamente diretrizes do princípio da competência adequada (a despeito de não mencioná-lo expressamente) (rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora Convocada do TRF 3.ª Região, j. em 22.06.2016). Além disso, ambos os projetos de lei de ação civil pública, o PL n. 4441/2020 (art. 7.º) e o PL n. 1641/2021 (art. 8.º) acolhem o controle judicial da competência adequada nas ações coletivas. Entretanto, na contramão dessa tendência, o Pleno do STF, no julgamento do RE n. 1.101.937, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (j. em 07.04.2021, publicado no DJe de 08.04.2021), com repercussão geral reconhecida no Tema 1.075, além de reconhecer inconstitucionalidade do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7347/1985), também estabeleceu como tese que: “II – em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (CDC)” (ou seja, é competente o foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, aplicando-se as regras do CPC nos casos de competência concorrente); além disso, “III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas no âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. Trata-se de tese que ignora e desconsidera as exigências de competência adequada, ficando adstrita à aplicação do texto da lei (Cf. sobre o tema, VIEIRA, Débora. *O julgamento do Tema 1.075 pelo STF e a competência adequada: uma nova cacofonia para os processos coletivos brasileiros?* Disponível em: < https://www.academia.edu/50679323/O_JULGAMENTO_DO_TEMA_1_075_PELo_STF_E_A_COMPET%C3%8ANCIA_ADEQUADA_UMA_NOVA_CACOFONIA_PARA_OS_PROCESSOS_COLETIVOS_BRASILEIROS>. Acesso em 11 ago 2021).

142 STJ, 1ª S., CC n. 90722/BA, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.06.2008, publicado no DJ de 12.08.2008; STJ, 1ª S., CC n. 90.106/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27.02.2008, publicado no DJ de 10.03.2008; STJ, 1ª S., CC n. 56.460/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 28.02.2007, publicado no DJ de 19.03.2007. Vale conferir a análise de: FERREIRA, Gabriela Macedo. *Ato concertado entre juizes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia, 2021, p. 91.

A União, os Estados-membros, o DF e os Municípios são ordens jurídicas parciais autônomas, juridicamente iguais, com esfera própria de competência atribuída pela CF, que não pode ser invadida ou usurpada – em que pese identifique-se certa e indevida concentração de poderes na União em certos contextos¹⁴³. Qualquer tratamento discriminatório (sem justificativa razoável) entre elas é inconstitucional e atentatório à igualdade inerente ao pacto federativo¹⁴⁴.

7. SUBSIDIARIEDADE, SIMETRIA FEDERATIVA E O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA DO ART. 109, §5.º, CF.

O art. 109, V-A e §5.º, CF, inserido com a EC n.º 45/2004¹⁴⁵, prevê que, diante de uma causa que envolva grave violação a direitos humanos em curso perante juízo estadual, poderá o Procurador Geral da República provocar, perante o STJ (em qualquer fase do inquérito ou do processo), a instauração de um incidente de deslocamento da competência (IDC) da Justiça Estadual para a Justiça Federal, em nome do cumprimento de obrigações constantes em tratados internacionais.

Trata-se de regra que abrange causas cíveis ou criminais – não havendo, no dispositivo, restrição explícita na sua aplicabilidade em razão da matéria, que só o faça incidir no campo penal¹⁴⁶.

O objetivo do IDC é definir, em concreto, se o juízo local ainda é o juiz natural para a causa, ou se sua independência e imparcialidade teriam sido comprometidas por tratar-se de causa de grande repercussão política e social que o submeta a pressões externas que afetem a isenção dele esperada. Vê-se, assim, que o STJ definirá, caso a caso, se o juízo estadual ainda tem competência adequada para conduzir o caso, e, pois, melhores condições de julgá-lo ou não¹⁴⁷.

143 SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15 n. 106, 2013 p. 460.

144 Colocando a inexistência de hierarquia entre entes federativos como um dos alicerces do federalismo, NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 618.

145 Veio com inspiração em incidentes de federalização do processo civil dos EUA (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 162; sobre o tema, CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo. O Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 116 e 117.).

146 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1, p. 186; CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 162 e 163.

147 Constata, ainda, Cabral, que o dispositivo constitucional não define precisamente o juízo federal de destino. Se seria o da capital do mesmo Estado, ou de outro Estado-Membro, por ex. (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 163). O caminho de defini-lo a partir das regras de competência territorial do CPC é apontado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 743 e 744).

Dai o STJ, em acórdão cujo relator foi o Ministro Arnaldo Esteves Lima, ter entendido ser requisito para o incidente de deslocamento a incapacidade e ineficiência do juízo estadual no exercício de suas funções – em razão de desídia, omissão, empecilhos pessoais ou materiais, falta de vontade política. Isso justifica que o juízo estadual possa defender-se, em contraditório, bem assim a possibilidade de intervenção atípica de *amicus curiae*, diante do grande interesse público envolvido¹⁴⁸.

Entretanto, o art. 1º da EC n. 45/2004, que inseriu o inciso V-A e o § 5º no art. 109 da CF, teve a sua constitucionalidade questionada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.486 e n. 3.493, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), respectivamente, que trouxeram como alguns de seus fundamentos a violação ao princípio do juiz natural e ao pacto federativo.

Diz-se, nas petições iniciais das referidas ações, que a nova regra desprestigia o juízo estadual, pressupondo-o inapto, omissivo ou conivente na condução dessas causas (só sendo competente para apreciação de lesões leves), além de implicar a indevida concentração de competências com a União, positivando uma “discriminação odiosa” entre entes da federação, que revelaria uma desconfiança da capacidade e eficiência do Ministério Público e da Justiça dos Estados-Membros¹⁴⁹.

Seria, ainda, diz-se, uma “intervenção nos Estados de forma branca”, quando a intervenção federal nos Estados é medida excepcional e possível unicamente quando prevista no rol taxativo do art. 34, CF (como exceção ao princípio da não-intervenção)¹⁵⁰.

Essa linha de raciocínio apresentada nas ADIns referidas, em uma primeira e açodada leitura, poderia ser considerada afinada, ainda, com o princípio da subsidiariedade, vez que garantiria que causas desse viés permanecessem sob o julgo de juízes locais e mais próximos dos envolvidos no problema, assim como com o princípio da simetria federativa, quando se alega ser irrazoavelmente discriminatória a subtração da competência da Justiça Estadual em razão da constatação de sua inaptidão para atuar no caso em concreto, prestigiando a atuação da Justiça Federal.

148 STJ, nos IDC n. 1/PA, 3.ª Seção, j. 08, 06. 2005, publicado no DPJ de 10.10.2005; IDC n. 2/DF, 3.ª Seção, j. 27.10.2010, publicado no DJe de 22.11.2010; e DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1, p. 188 e 189.

149 Com esses argumentos, SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Livraria do Advogado e Ajuris, v. 1, t. 1, 2005, p. 65, 66, 97 e 98.

150 Rogério Sanches e Thales Cerqueira sustentam que o IDC aniquila o pacto federativo, por burla às regras de intervenção federal, que só é admitida mediante preenchimento de requisitos próprios e específicos previstos na CF, não podendo esse mecanismo ser ampliado, sob pena de retrocesso no federalismo brasileiro (CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Ponte Luz de Pádua. Incidente de Deslocamento de Competência – IDC, art. 109, §5.º, CF. Uma Análise Crítica. In: CHAVES; Cristiano. ROSENVALD, Nelson; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 714 e 715).

Entretanto, uma análise acurada da constitucionalidade do regramento do IDC permite concluir que essa transferência casuística e justificada de atribuições do juiz estadual para o juiz federal não implica nenhum atentado contra o pacto federativo (e seus consectários)¹⁵¹ ou o juiz natural.

Como já dito, o que se propõe com a instauração do referido incidente é que o STJ possa avaliar, no caso concreto, se o juízo estadual ainda é o juiz natural para conduzir a causa (ou não), e se terá condições de assegurar um processo devido e democrático, bem como uma decisão imparcial, para essa grave violação a direitos humanos.

Em outras palavras, trata-se de definir se a autoridade judiciária estadual teria competência adequada para manter-se à frente desse processo, mediante ponderação de direitos fundamentais que encontram em choque no caso. De um lado, manter a causa na Justiça Estadual pode facilitar o exercício do contraditório, o acesso à justiça e a produção de provas pelos envolvidos, bem como garantir que o centro de decisões esteja próximo de seus destinatários (em nome da mencionada subsidiariedade¹⁵²), mas, de outro, a sua federalização com a remessa dos autos para a Justiça Federal, diante da “incapacidade” do órgão jurisdicional estadual (oriunda de sua inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc., segundo manifestação da PGR nos autos da ADI n. 3.486), assegura um julgamento independente, imparcial e livre de influências, constrangimentos ou intimidações políticas e sociais.

Essa ponderação só pode ser feita caso a caso, considerando não só o princípio federativo e da subsidiariedade, como também todos os outros colocados em xeque no caso (como o devido processo legal, o contraditório e o juiz natural). E o STJ, como órgão nacional e de cúpula na estrutura da Justiça Comum, sem dúvidas, é o mais indicado para a realização desse juízo e dessa averiguação da adequação da competência da JE ou da JF. Basta lembrar que o STJ é o tribunal com competência constitucional para julgar conflitos de competência entre órgãos estaduais e federais (art. 105, I, “d”, CF), definindo qual o competente em concreto¹⁵³.

151 Defende-se que o federalismo brasileiro é passível de mutação; que seria inconstitucional emenda que abolisse o pacto federativo, mas não aquela que “torne coerente o seu desenho” (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331). Não há um único modelo possível de federalismo ou uma única maneira de implementar o modelo adotado. Pode-se considerar que a federalização seria uma manifestação de um federalismo cooperativo, pois quando as instâncias estaduais se revelam insuficientes para dar cumprimento às obrigações internacionais (o que é de competência originária sua), são chamadas as instâncias federais a atuar – em um exercício cooperativo de competências jurisdicionais (SCHEREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e. Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. *Direito Federal. Revista da AJUFE*. São Paulo: Impetus, 2002, n. 71, p. 255).

152 Destaca a importância da descentralização e da subsidiariedade, SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Livraria do Advogado e Ajuris, v. 1, t. 1, 2005, p. 98.

153 PIOVESAN, Flávia. Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos. In: *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. São Paulo: RT, 2011, v. 5. p. 796.

Ainda que se considerasse a consagração constitucional do IDC uma via de “intervenção nos Estados de forma branca”, cabe lembrar, na linha do que foi dito na manifestação da PGR na ADIn n. 3.486, que a própria Constituição, no art. 34, VII, “b”, sempre previu a possibilidade excepcional de intervenção da União nos Estados-membros para assegurar a observância dos *direitos da pessoa humana*, mediante providência que se concretiza através de representação do Procurador Geral da República (art. 36, III, CF). Isso ratifica seu afinamento com o desenho federativo brasileiro, afinal se trata de federalização de competência para julgamento de causas que envolvem grave violação a direitos humanos, e isso se dá também por iniciativa do PGR¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Demais disso, segundo manifestação do Congresso Nacional nas referidas ADIns, a possibilidade de federalização das causas atinentes à grave violação de direitos humanos é cobrança antiga da comunidade internacional, que contribui para a inserção do país no concerto das nações e para a unificação procedimental nos sistemas jurídicos ocidentais (rumo à concretização de uma vontade transnacional).

Existem precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que o Estado, ainda que adote forma federativa, tem o dever de garantir o cumprimento de obrigações internacionais, não importando como se organiza a federação e como são repartidas as competências entre os entes federativos. A organização federativa e atribuição para julgar a matéria a entes parciais não pode ser obstáculo ao cumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais. Assim, segundo sentença da referida Corte, no caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, de 27 de agosto de 1998, no

154 Cazetta sustenta que ambos seriam institutos complementares, que sanam vícios distintos com emprego de medidas com grau de eficácia distinta (CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo. O Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105 e 106). Enxergando, aí, uma lógica comum, BISCAIA, Bruno Simões. *A flexibilização do pacto federativo em prol do cumprimento de obrigações internacionais perante os direitos humanos: uma análise sobre a (in)efetividade do incidente de deslocamento de competência*. Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2019, p. 25.

155 Também assim, PIOVESAN, Flávia. *Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos*. In: *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. São Paulo: RT, 2011, v. 5. p. 796; FILHO, Vladimir Brega. *Federalização de violações a direitos humanos*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 2007, n. 175, p. 76 e 77. Em sentido contrário, Sarlet, Furian e Fensterseifer ponderam que a intervenção federal foi introduzida pelo Poder Constituinte, enquanto a federalização das causas de grave violação a direitos humanos foi consagrada pelo poder reformador, razão pela qual não poderiam ser dessa forma comparadas; além disso, a intervenção não poderia ser considerada mais grave na medida em que não atinge diretamente direitos humanos e ainda se distingue da federalização por visar à preservação da unidade federal (SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. *A reforma (de)forma do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais?* In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Livraria do Advogado e Ajuris, v. 1, t. 1, 2005, p. 70 e 71). Na verdade, o que parece relevante pontuar é que não disse nem se quer dizer que a intervenção federal e a federalização de julgamento de casos são medidas coincidentes e com o mesmo peso ou origem. Mas, sim, que existe uma *ratio* semelhante de ingerência federal no contexto estadual em nome dos direitos humanos, por iniciativa do PGR, e que medidas desse viés não são totalmente estranhas ou inovadoras no sistema, podendo ser admitidas quando justificadas e quando se colocam de acordo com toda a moldura constitucional (como se justifica nas linhas a seguir).

seu §46: “la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional (Cfr.: sentencia arbitral de 26. VII.1875 en el caso del Montijo, LA PRADELLE-POLITIS, Recueil des arbitrages internationaux, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., Reports of International Arbitral Awards, vol. V, p. 536)”¹⁵⁶.

Na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a estrutura federal costuma ser invocada pelos Estados-Parte como motivo suficiente para justificar óbice à investigação e responsabilização de autores de violações graves de direitos humanos¹⁵⁷, e isso tem contribuído e facilitado sua impunidade.

Daí, em setembro de 1997, a CIDH ter publicado um “Informe sobre a situação dos direitos humanos no Brasil”¹⁵⁸, decorrente de visita feita a alguns estados brasileiros em 1995, e apresentado recomendações no item n. 95, dentre elas, a de: “Transferir a la competencia de la justicia federal el juzgamiento de los crímenes que envuelvan violaciones a los derechos humanos, debiendo el gobierno federal asumir responsabilidad directa por la instauración y debido estímulo procesal cuando tratan de dichos crímenes”.

Anos depois, mesmo quando já instituído constitucionalmente o incidente de federalização de casos relativos a grave violação de direitos humanos, a CIDH, em novo Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, de 12 de fevereiro de 2021, constata e “chama especial atenção para a baixa efetividade da previsão legal de federalização de crimes contra defensores e defensoras de direitos humanos”, ao constatar que: “No Brasil, apesar da possibilidade legal de federalização dos casos de apuração e responsabilização por crimes desta natureza, a CIDH se surpreendeu com os inúmeros relatos de negativa às tentativas de federalização dos casos conforme requerido pelas vítimas ou seus familiares. De crimes contra defensores rurais, indígenas e quilombolas a defensores de expressão nacional, a CIDH insta o Estado brasileiro a mobilizar todas as ações necessárias à proteção de defensoras e defensores de direitos humanos”¹⁵⁹. E conclui seu relatório, com a Recomendação n. 69, no sentido de: “Promover a aplica-

156 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm>. Acesso em 28 jul 2022.

157 Não se aceita que o Estado descumpra obrigação internacional em nome do respeito à competência interna de seus entes federados. A ausência de competência de ente federal seria uma questão de Direito interno e não de Direito Internacional, e Estado federal, a despeito disso, responde pelo fato ilícito no plano internacional. Respeitar Direito interno não exclui sua responsabilidade internacional (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327 e 328). O Estado federado não pode usar como escudo sua estrutura interna para tentar excluir sua responsabilidade (CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo. O Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33).

158 Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/introduccion.htm>>. Acesso em 28 jul 2022.

159 *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 28 jul 2022, p. 161, 162 e 193.

ção do dispositivo legal que prevê a federalização dos crimes cometidos contra pessoas defensoras de direitos humanos”¹⁶⁰.

Recomenda-se, assim, que se dê mais aplicação prática ao instrumento, exatamente por acreditar-se que é medida eficaz e que trará bons resultados para a proteção nacional dos direitos humanos. A previsão do IDC contribui, ainda, para intensificar e disseminar a responsabilidade internacional dos diversos entes federados (centrais e periféricos) pela proteção dos direitos humanos (em especial dos estados-membros). As instituições locais continuam detendo a responsabilidade primária em matéria de direitos humanos; somente em casos de falhas, inaptidões ou omissões reconhecidas em sede de IDC, fica estabelecida a responsabilidade subsidiária da União¹⁶¹.

Recai sobre os Estados a responsabilidade de assegurar o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, sob pena de correr-se o risco de instauração do IDC e de se submeterem à federalização do caso. Isso estimula o melhor funcionamento das instituições locais. Espera-se que os Estados fiquem mais atentos aos reflexos de sua atuação perante a comunidade internacional. E, por outro lado, rompe-se o paradoxo de ter-se a União comprometida internacionalmente em matéria de direitos humanos¹⁶², mas, não, internamente; de recair sobre ela a responsabilidade internacional na hipótese de violação a obrigação internacional referente a direitos humanos (que se comprometeu a cumprir), mas não a nacional, por não ser a internamente competente para apurar, processar e sancionar graves violações ocorridas nesse contexto¹⁶³.

Além disso, mediante IDC, só será atribuída competência ao ente federal, quando não possa ser suficientemente desempenhadas por ente estadual, diante de deficiências e inações constatadas em sua atuação (o que é previsão totalmente afinada com o princípio da subsidiariedade). Constata-se, nesses casos, interesse predominante-

160 *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 28 jul 2022, p. 205.

161 PIOVESAN, Flávia. *Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos*. In: *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. São Paulo: RT, 2011, v. 5. p. 796.

162 Defendendo que a responsabilidade não é da União, mas do Estado como um todo (em que pese a União arque com a condenação (SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Livraria do Advogado e Ajuris, v. 1, t. 1, 2005, p. 68).

163 PIOVESAN, Flávia. *Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos*. In: *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. São Paulo: RT, 2011, v. 5. p. 794-796. Nas palavras de Cazetta, confere-se à União instrumento para afastar sua responsabilidade internacional por desrespeitos aos atos internacionais ratificados (CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo. O Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95). E, segundo Cabral, a razão de ser do instituto seria exatamente impedir que a União responda financeiramente pela inação ou falha dos Estados Membros (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 162).

mente nacional em que o deslocamento ocorra, na medida em que está em jogo o cumprimento de obrigação decorrente de tratado internacional de direitos humanos, subscrito pelo Estado brasileiro, que não se obteve êxito em assegurar na esfera judiciária estadual, em razão da incapacidade do julgador local constatada no caso.

O IDC revela-se, portanto, como uma medida judicial de doseamento de poderes do Judiciário Federal e Estadual de tutela e proteção de direitos humanos. Permite a definição, pelo Superior Tribunal de Justiça (Corte de Vértice da Justiça Comum Federal e Estadual), sobre qual deles teria competência adequada para o julgamento dessa causa de grande repercussão interna e internacional, e, pois, qual deles se coloca como a autoridade jurisdicional natural e apropriada para o caso.

8. CONCLUSÃO.

Enfim, esse federalismo simétrico, pautado na subsidiariedade, seja ele simplesmente cooperativo ou, também, transconstitucional, deve ser estudado e pensado na óptica do Judiciário, e da repartição de suas competências.

Inicialmente, reconhecendo que predomina uma repartição horizontal com a atribuição de competências privativas aos órgãos do Judiciário, prestigiando a Justiça estadual, com a atribuição de poderes remanescentes, por ser sua competência residual.

Além disso, constatando subsistir a possibilidade teórica (*de lege ferenda*) de uma repartição vertical de competências entre tribunais nacionais de vértice (STF e STJ) e tribunais ordinários, atribuindo àqueles o papel de construção de precedentes e a estes últimos o papel de aplicar os precedentes ao caso; ou, ainda, admitindo-se que tribunais locais possam adaptar precedentes de Tribunais Superiores à realidade local, em atendimento a interesse local, mediante aplicação de método de distinção.

Mas nada disso pode excluir a possibilidade de admitirem-se atuações transversais entre justiças e tribunais diversos (de esferas federativas distintas), que compartilhem competências, por meio de atos concertados e de cooperação judiciária, em contexto transfederativo.

Demais disso, diante da subsidiariedade e simetria que se impõe ao federalismo brasileiro, há que se acolher a inexistência de hierarquia entre as justiças federais e as justiças estaduais (ou entre seus tribunais), bem assim a inadmissibilidade de posturas judiciais de prestígio apriorístico da competência ou das decisões oriundas de órgãos federais, sob único argumento de serem centrais, em detrimento dos órgãos estaduais (em razão de sua natureza periférica) e vice-versa. Que predomine sempre a busca por competências adequadas.

É o que se espera de um federalismo judiciário cooperativo (e transfederativo), simétrico, e de equilíbrio.

REFERÊNCIAS.

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competência na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1985, n. 39.
- ALVIM Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2006.
- BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade. Conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, 1995.
- _____. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação e a constituinte*. São Paulo: Themis, 1986.
- BECK, Ulrich; *O que é globalização?* Equívocos do Globalismo, Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos; BRAGA, Paula Sarno. Validade, sentido e alcance de normas processuais federais à luz da competência dos Estados para legislar sobre processo: uma análise das ADIns 5492, 5534 e 5737. *Revista de Processo*, v. 328, p. 287-321, 2022.
- BISCAIA, Bruno Simões. *A flexibilização do pacto federativo em prol do cumprimento de obrigações internacionais perante os direitos humanos: uma análise sobre a (in)efetividade do incidente de deslocamento de competência*. Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2019.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- _____. *Competência adequada*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 219, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Forum non conveniens e o controle da competência adequada no processo civil brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria. *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2017.
- _____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- _____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021.

- _____. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito processual civil*. Tese apresentada como requisito para promoção ao posto de Professor Titular da Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 2022.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese (doutorado em direito). Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRANZA, Juan F.; ROSENBERG, Michael. *Oralidad y litigación civil. Herramientas desde la experiencia de Canadá*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2018.
- CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo. O Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- CRITSINELTIS, Marco Falcão; FONSECA, Ney Moreira da. *O Poder Judiciário Municipal e a Aplicação Social da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Ponte Luz de Pádua. Incidente de Deslocamento de Competência – IDC, art. 109, §5.º, CF. Uma Análise Crítica. In: CHAVES; Cristiano. ROSENVALD, Nelson; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 1.
- _____; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, 2020.
- _____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 3.
- _____; _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2022, v. 3.
- _____; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 4.
- _____. *Cooperação Judiciária Nacional. Esboço para uma teoria para o Direito brasileiro (arts. 67-69, CPC)*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I.

- DUARTE, Maria Luísa. *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Lisboa: Lex, 1997.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, FGV, 2010.
- FILHO, Juraci Mourão Lopes. *Competências Federativas*. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativa*, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990.
- FILHO, Vladimir Brega. Federalização de violações a direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 2007, n. 175.
- HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 54, 1982.
- _____. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 315, 1991.
- _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- _____. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte; UFMG, 1964.
- _____. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002.
- LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Conflito de Coisas Julgadas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 142, 2006.
- LINO, Daniela Bermudes. Competência territorial adequada nas ações coletivas socioambientais: considerações sobre o CC 144.922/MG. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2018, v. 92.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 101, 1989.
- FERREIRA, Gabriela Macedo. *Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia, 2021.
- LEONCY, Léo Ferreira; CAVALCANTI; Marcos de Araújo. Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um Estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, caput e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 267, 2017.
- MACEDO, José Arthur Castilho de. *Encruzilhadas do federalismo: autogoverno, transfederalismo, constitucionalismo e democracia*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018.

- _____; PASCHOAL, Thaís Amoroso. Tutela coletiva, cooperação e transfederalismo: compartilhando problemas e soluções. In: Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral (coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Jus Podivm, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A questão das coisas julgadas contraditórias. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 271, 2017.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 16, 2000.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação Judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, ano 4, 2018.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: 1998, Forense.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.
- ONO, Taynara Tiemi. Reflexões em torno da interferência do IRDR no federalismo brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 289, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos. In: *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. São Paulo: RT, 2011, v. 5.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RESNIK, Judith. *Federalism(s)'s Forms and Norms: Contesting Rights, DeEssentializing Jurisdictional Divides, and Temporizing Accommodations*. In: *Nomos LV: Federalism and Subsidiarity*. James E. Fleming and Jacob T. Levy, eds., New York University Press, 2014.
- _____. What's Federalism For? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009.

- RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. *Revista dos Institutos dos Advogados*, Salvador, número especial, 1987.
- RUSSOMANO, Rosah. *O princípio de federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago. A reforma (deforma) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais? In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord). Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Livraria do Advogado e Ajuris, v. 1, t. 1, 2005.
- SCHEREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino de Castro e. Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos. *Direito Federal. Revista da AJUFE*. São Paulo: Impetus, 2002, n. 71.
- Schwartz, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA, Anderson Santos. O conteúdo constitucional do princípio federativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15 n. 106, 2013.
- SILVA, Beclate Oliveira. Conflito entre coisas julgadas e o PL n. 166/2010. In: DIDIER JR, Freddie; BASTOS, Antonio Adonias (coord). *Projeto de Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOKAL, Guilherme. *Quatro lições da Suprema Corte do Canadá para o processo civil e constitucional brasileiro*. Disponível em: <https://www.academia.edu/44815288/Quatro_li%C3%A7%C3%B5es_da_Suprema_Corte_do_Canad%C3%A1_para_o_processo_civil_e_constitucional_brasileiro>. Acesso em: 27 abr 2021.
- _____. O Novo CPC e o federalismo: perspectivas para a advocacia pública estadual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: 2016, v. 70, p. 134-160.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SCHAEFER, Rafaela Matos Peixoto. O Tribunal de Águas de Valência: uma jurisdição especial constitucional na Espanha. In: CALGARO, Cleide (org.). *Constitucionalismo e Meio Ambiente. Tomo I. Constitucionalismo latino-americano e a ética*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. *Revista Trimestral de de Direito Público*, São Paulo, n. 01, 1993.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. A repercussão geral no recurso extraordinário. *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Ação Rescisória – apontamentos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 53.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- VIEIRA, Débora. *O julgamento do Tema 1.075 pelo STF e a competência adequada: uma nova cacofonia para os processos coletivos brasileiros?* Disponível em: < https://www.academia.edu/50679323/O_JULGAMENTO_DO_TEMA_1_075_PELo_STF_E_A_COMPE-T%C3%80ANCIA_ADEQUADA_UMA_NOVA_CACOFONIA_PARA_OS_PROCESSOS_COLETIVOS_BRASILEIROS>. Acesso em 11 ago 2021.
- VIEIRA, Débora. A cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais. Disponível em: < <https://processualistas.jus-brasil.com.br/artigos/1312471635/a-cooperacao-judiciaria-nacional-entre-irdrs-sobre-a-mesma-questao-de-direito-instaurados-em-diferentes-tribunais>>. Acesso em: 05 ago 2022.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória. Juízos Rescindente e Rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ZANETI JR., Hermes, *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 210-212.





Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Coordenação de ações por sujeito oculto: estudo descritivo da relação entre ações simuladas e intervenção de terceiros

Coordination of lawsuits by a hidden subject:
a descriptive study of the relation between simulated
lawsuits and third-party intervention

Leonardo Barboni Rosa

Law Graduate Mackenzie Presbyterian University, Brazil

Professor advisor: Bianca Mendes Pereira Richter,

PhD at the University of São Paulo

Resumo: O presente trabalho aborda o fenômeno de ações coordenadas contra um único sujeito a fim de verificar se a prática pode ser considerada um exercício abusivo do direito de ação, e entender de que forma o ordenamento processual brasileiro reage à figura do sujeito oculto. Por meio de pesquisa bibliográfica, retomaremos conceitos como direito de ação e abuso de direito e exploraremos aspectos basilares do sistema de participação que dificultam a integração do sujeito oculto. Por fim, traremos propostas da doutrina especializada que aponta para os benefícios de um sistema de participação no processo mais flexível e independente do direito material, capaz de assimilar figuras inominadas de participação.

Palavras chaves: Abuso de direito - Ações Coordenadas - Participação no Processo Civil – Legitimidade – Amicus Curiae

Abstract: The present manuscript analyzes the phenomenon of coordinated lawsuits against one single individual to verify if it can be deemed an abusive exercise of the right to petition, and to understand how the Brazilian civil procedural law deals with the presence of a hidden subject. Through bibliographical research, we will reprise the concepts of right to petition, abuse of right and will explore how fundamental aspects of civil procedure's participation system hinders the possibility to integrate the hidden subject. Lastly, we will bring proposals from the specialized doctrine that indicates the benefits of a system of participation in civil procedure that is more flexible and independent of substantive law, capable of assimilating unnamed figures.

Key words: Abuse of rights - Coordinated Lawsuits - Participation in Civil Procedure – Standing – Amicus Curiae

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Abuso de direito. 3.1. Abuso de direito no Código Civil. 3.2. Abuso de direito no Código de Processo Civil. 4. Formas não aparentes de participação no processo civil. 4.1. Agregação informal de demandas. 4.2. *Third party funding*. 5. Participação no processo civil e integração do sujeito oculto. 5.1. Modelo clássico e estrutura tríplice da relação jurídica processual. 5.2. Ações coordenadas e inadequação das figuras nominadas de participação. 5.3. Interesse de agir e zonas de interesse. 5.4. *Amicus Curiae* e o interesse institucional. 6. PL 90/2021 e Recomendação CNJ nº 127. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO.

Na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América desenvolveu-se a chamada doutrina *Noer-Pennington*¹, que consiste na imunidade anticoncorrencial ao direito de peticionar, ainda que presentes elementos anticompetitivos, com o intuito de se evitar uma restrição apriorística do exercício de um direito fundamental que, no Brasil, equipara-se ao direito de ação².^{3 4}

O *sham litigation* seria a exceção à dita imunidade. Reconheceu-se que em determinados contextos, o exercício de um direito é mero simulacro de uma verdadeira tentativa de interferir na condução dos negócios de um concorrente, o que atrairia a aplicação do direito anticoncorrencial.⁵⁶

1 Originada na conjugação de dois julgados: Eastern R.R. Presidents Conf. v. Noerr Motor Freight, 365 U.S. 127 (1961); Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

2 “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em 23/10/2021.

3 Eastern R.R. Presidents Conf. v. Noerr Motor Freight, 365 U.S. 139 (1961).

4 California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 507, 508 (1972).

5 No original: “There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified.” Eastern R.R. Presidents Conf. v. Noerr Motor Freight, 365 U.S. 127 (1961).

6 No original: “One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and

No Brasil, temos notícias recentes de casos em que uma mesma pessoa é acionada em diversas ações individuais não raro com identidade de causa de pedir e pedido entre elas. Tal pessoa, alvo dessas ações, invariavelmente é figura pública ou acabara de ser alçada a este posto devido a algum episódio com repercussão midiática.⁷

Tal constatação, por sua vez levantou a suspeita da opinião pública de que poderia haver alguém agindo nos bastidores, coordenando ações individuais com o intuito precípuo, se não o único, de coagir e constranger aquele que poderíamos identificar como seu opositor político e ideológico, por exemplo. Ainda que nesses casos a motivação seja outra que não concorrencial, o exercício do direito de ação nestas condições será igualmente mero simulacro de uma intenção lesiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, o ajuizamento de ações que visem fins outros que não a prestação jurisdicional do Estado pode ser encarado como hipótese de litigância de má-fé e de abuso de direito processual (ou, ainda “abuso de posições jurídicas subjetivas”).

Neste caso, a quem podemos atribuir essa conduta processual que busca, através do processo, objetivos não permitidos pela lei e, portanto, ilícitos? Aos autores das demandas, aquele que as coordenou e/ou financiou, ou ambos? Como o processo civil reage ao deparar-se com este tipo de configuração subjetiva não declarada e não refletida no processo? É possível integrar o “sujeito oculto” ao processo? Se sim, sob que condições? E se não, por que e o que nos impede de assimilar um sujeito tão influente no processo?

2. DIREITO DE AÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

No sistema jurídico brasileiro, o direito de ação toma contornos constitucionais e *status* de direito fundamental sob a Constituição Federal de 1988. De seu art. 5º, XXXV, extrai-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Muito embora o direito à ação não conste expressamente, “[...] é esta a melhor interpretação a ser dada àquele dispositivo [...]”⁸.

Os conceitos de ação e direito de ação, antes de tudo, não se confundem, bem como não são de fácil definição. Ao longo da história e da doutrina diversas propo-

judicial processes have been abused.” *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 513 (1972). Tradução livre.

7 Neste sentido: MENDONÇA, Heloísa. STF suspende ações de juízes contra jornalistas da ‘Gazeta do Povo’. *El País*, São Paulo, jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/01/politica/1467396303_831741.html. Acesso em: 03/10/2021. 2 GORTÁZAR, Naiara Galarraga. A cruzada judicial de 111 pastores da Igreja Universal contra um escritor por um tuíte. *El País*, São Paulo, out. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2020-10-18/a-cruzada-judicial-de-111-pastores-evangelicos-contra-um-escritor-brasileiro-por-um-tuite.html>. Acesso em: 03/10/2021.

8 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 278.

sições foram feitas, algumas ultrapassadas, outras ainda em debate. Isso se deve, ao menos em parte, ao fato de “[...] que a ação não é um conceito ‘puro’, que possa ser traçado sem levar em conta as opções políticas feitas pelos diversos ordenamentos jurídicos.”^{9,10}

O direito de ação era visto como um aspecto do direito material; sem direito não haveria ação, e sem ação não haveria direito. Esta concepção chegou inclusive a ser positivada no direito brasileiro, conforme art. 75 do Código de Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.”¹¹

Do debate entre Windscheid e Muther¹² surgiram as teorias do direito concreto e a teoria do direito abstrato à prestação jurisdicional. Os defensores da teoria concreta diziam que o direito à ação, “[...] só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.”¹³

Já para os defensores da teoria abstrata, o direito à ação é o direito de provocar o Estado a realizar a prestação jurisdicional, independentemente “[...] da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença nega a pretensão do autor [...]”¹⁴, ou seja, “[...] basta a afirmação do direito para o rompimento da inércia da jurisdição [...]”¹⁵, “[...] pois [o exercício da ação] não pressupõe que aquele que o maneje venha sempre a ganhar a causa.”¹⁶

9 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 278.

10 Conforme explica Cassio Scarpinella Bueno: “Simplesmente porque elas [construção dogmática e histórica do direito de ação] não podem revelar o que é a ação, como se ela, a ação, pudesse existir fora do tempo e do espaço jurídicos e independentemente das opções de cada ordenamento jurídico feitas pelas mais variadas razões políticas, históricas, culturais e até mesmo sociais.” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 278-279.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 172.

12 “Em meados do século XIX, porém, célebre polêmica entre os renomados romanistas Windscheid e Muther acabou por demonstrar que são realidades distintas o direito lesado e a ação, pois esta cria, a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: (i) um, para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e (ii) outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 173.

13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 172.

14 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 270.

15 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 280.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.172.

Há de se falar, ainda, na teoria eclética do direito à ação, cujo propositore e expoente foi Enrico Tullio Liebman, acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro, “[...] a qual subordina o provimento de mérito a outros requisitos, além dos pressupostos de validade da relação jurídica processual [...]”¹⁷, quais sejam as chamadas “condições da ação”, cuja presença revelam a existência da ação, que atualmente consistem na aferição de legitimidade das partes e do interesse de agir¹⁸.¹⁹

O artigo 17 do CPC de 2015 dispõe que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. Já o artigo 485, inciso IV, dispõe que o juiz não resolverá o mérito quando “verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.²⁰ Em outras palavras, verificada a ausência das condições da ação, o autor será reputado “carecedor da ação”, e o processo será encerrado sem culminar na tutela jurisdicional pretendida, por mais que tenha havido prestação jurisdicional, e ainda que esta tenha se limitado a reconhecer a ilegitimidade das partes e/ou a inadequação do provimento solicitado.

A diferença primordial entre prestação jurisdicional e tutela jurisdicional também deve ser esclarecida para compreendermos o direito de ação. Conforme mencionado, nenhuma lesão ou ameaça de lesão de direito será excluída da apreciação judiciária. Entretanto, o direito de ação não se resume à faculdade de peticionar, ver formada a relação processual autor-juiz-réu e a prolação de uma sentença de mérito qualquer.²¹

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.190.

18 Segundo Liebman, o interesse de agir é a relação entre a situação de direito material alegada e o provimento solicitado, e que deve consistir na adequação deste como meio útil para a proteção daquele. Já a legitimidade das partes diz respeito justamente à titularidade ativa e passiva do direito, ou seja, individualizar tanto a pessoa a quem pertence o direito reclamado quanto aquela a quem o titular de um direito está habilitado a exercê-lo. Os autores explicam, ainda, que mais tarde Liebman reconheceu que a terceira condição da ação inicialmente concebida, qual seja a “possibilidade jurídica do pedido”, seria uma inutilidade quando da análise do pedido, pois, a sua impossibilidade resultaria na ausência do interesse processual de agir. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202 - 203

19 Cassio Scarpinella Bueno destaca, ainda, que o CPC de 2015 deixou de fazer referência às expressões “condições da ação” e da correlata “carência de ação” conforme fazia o CPC de 1973, sem, contudo, alterar a dinâmica das condições da ação. Ainda, o autor refere-se a elas como “mínimo indispensável ao exercício do direito de ação”, que segundo o autor é “[...] expressão eloquente o suficiente para descrever o que a anterior, condições da ação, significava.” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 293-294

20 “As condições da ação, nessa perspectiva, põem o processo em cotejo com o direito material em tese, sem avançar, porém, até a afirmação concreta da procedência ou improcedência do pedido, ou seja, sem compor definitivamente o conflito jurídico material.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.190

21 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil, 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 277, “A atuação do Estado-juiz, por força do modelo político de organização do Estado brasileiro, é toda vinculada ao atingimento de determinados fins. A tutela jurisdicional, nessa perspectiva, é um dos fins a serem atingidos pelo agir estatal. É ela resultado desejado da provocação da atuação jurisdicional.”

Devemos entender o direito à ação enquanto direito à prestação jurisdicional com observância do devido processo legal, tanto nos termos do art. 5º da Constituição Federal quanto da parte geral do Código de Processo Civil de 2015²², “[...] assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz [...]”²³, bem como à concretização do direito no plano material, e não sua mera declaração²⁴.

3. ABUSO DE DIREITO.

3.1. Abuso de Direito no Código Civil.

O abuso de direito, enquanto instituto jurídico, durante sua formação histórica, teve questionado não somente seus limites e alcances, mas também sua própria existência e admissibilidade. Marcel Planiol, civilista francês, defendia a impossibilidade de aceitação da teoria do abuso de direito “[...] seguindo o raciocínio de que é impróprio admitir-se uma determinada ação, ao mesmo tempo, como conforme e contrária ao direito.”²⁵ Essa aparente logomaquia, conforme defendeu Planiol, se deve entre a necessária distinção entre direito objetivo e subjetivo, bem como à uma concepção absolutista deste.^{26 27}

-
- 22 Neste sentido, conferir comentários à parte geral do Código de Processo Civil de 2015 no tópico 3.2.
- 23 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 273.
- 24 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil, 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 286.
- 25 MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 842, dez. 2005, p. 11-44.
- 26 Neste sentido: “Muitos doutrinadores enxergam na consagrada locução “abuso do direito” uma contradição intrínseca. De fato, a combinação não é das mais felizes, pois dá margem a variadas interpretações, tanto em razão da imprecisão técnica do termo abuso quanto da amplitude do termo direito. todavia, quando se atenta para o fato de que o direito de que se abusa é evidentemente o direito subjetivo, a contradição tende a desaparecer: abusa-se do direito subjetivo, ou seja, da faculdade que a norma (direito objetivo) confere ao indivíduo (sujeito de direitos). [...] Para o mencionado autor [Planiol], a expressão carrega em si uma logomaquia, ou seja, um discurso vazio, uma verdadeira antítese lógica, pois, segundo o mencionado jurista, ou o ato é lícito (de acordo com a norma), ou ilícito (fora das previsões normativas), não podendo ser ao mesmo tempo conforme o direito e a ele contrário.” ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32. Grifo do autor, apud PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1948. v. 1 e 2. Grifo nosso. Ainda, José Olympio de Castro Filho, comentando a posição de alguns doutrinadores que enxergavam a teoria do abuso do direito como ameaça à liberdade humana: “Com efeito, estamos em que precisamente o contrário se verifica: a teoria do abuso do direito atende, exatamente, ao princípio da liberdade humana, porque o que realiza é conter, nos limites do justo e razoável, o desvio do direito, protegendo, em consequência, o direito individual daquele contra o qual o abuso foi cometido.” CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do direito no processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 25.
- 27 Neste sentido, Everardo da Cunha Luna: “[...] o direito objetivo identifica-se com a norma, formalmente considerada, e o direito subjetivo, com o conteúdo da norma, com a matéria ou substância jurídica, interesses

Everardo da Cunha Luna, por outro lado, era adepto da teoria subjetivista²⁸ e grande crítico da concepção objetivista do abuso do direito, ou seja, para ele, uma vez que o abuso do direito é uma ilicitude, este não poderia restar caracterizado sem que se analise a existência de dolo ou culpa daquele que cometeu o abuso. Segundo Luna, no âmbito da concepção objetivista, “[...] a ilicitude alheia-se a qualquer valorização ética possível, porque o dever de não violar a norma, independentemente da culpa, não tem conteúdo ético, nem responde ao imperativo jurídico.”²⁹

É justamente nesta crítica da teoria objetivista do abuso de direito que se revela a concepção absolutista dos direitos subjetivos. A identificação entre abuso de direito e ilicitude não é equivocada; afinal, ambas apontam a violação de limites pré-estabelecidos; contudo, a diferença reside na natureza desses limites.³⁰

É através desses elementos não expressos de modo específico da norma que podemos traçar um limite moral a fim de relativizar um individualismo jurídico exacerbado e uma suposta absolutidade dos direitos subjetivos³¹, por meio dos quais o indivíduo poderia exercer uma faculdade que não contrarie um dispositivo normativo, mas os fins aos quais tal prerrogativa lhe fora concedido num primeiro momento, limites estes que devem ser depreendidos à luz do ordenamento.

Segundo Helena Najjar Abdo, as teorias que buscam estabelecer critério objetivos para a configuração do abuso do direito elencam três entendimentos pacíficos, quais sejam (i) a aparência de legalidade, (ii) a preexistência de um direito subjetivo, e (iii) o fato de o abuso do direito referir-se fundamentalmente ao exercício do direito, e não ao direito em si.³²

protegidos que se transformam, conforme uma concepção teleológica do direito, em bens jurídicos. [...] A nosso ver, os elementos integrantes e constitutivos do direito subjetivo representam o fim específico dos imperativos jurídicos, os quais são o objeto do direito subjetivo, tornados por este eficazes através da norma atributiva de uma faculdade.” LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959, p. 36-37.

- 28 Segundo José Olympio de Castro Filho, a teoria subjetivista é aquela que defende que “[...] para determinar se há ou não abuso do direito, atende-se exclusivamente à intenção do agente. O exercício de um direito é abusivo, e torna-se ilícito, se aquele que o exerce apenas teve em vista prejudicar terceiros, sem nenhum ou com insignificante proveito para si.” CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 26.
- 29 LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959, p. 47.
- 30 “Enquanto na ilicitude o limite evidente é o preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição torna algo imediato constatar sua violação, o abuso distingue-se desta apenas ao remeter tal exame para elementos não expressos de modo específico na norma, mas que se depreendem de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado, como é o caso dos fins sociais e econômicos, a boa-fé objetiva ou os bons costumes - todos limites adotados pelo Código Civil de 2002.” MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 842, dez. 2005, p. 11-44.
- 31 M MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 842, dez. 2005, p. 11-44.
- 32 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32. Ainda de acordo com Helena Najjar Abdo, Louis Jossierand, referencial doutrinário da teoria do abuso do direito e grande opositor à teoria de Planiol segundo a qual o conceito de abuso de direito seria uma logomaquia, asseverou que “[...]”

A identificação do abuso do direito enquanto ilícito no ordenamento brasileiro não é novidade e podemos observá-la no Código Civil de 1916, conforme redação dos art. 159 e 160, caput e inciso I. Como se pode observar, “[...] nosso legislador de outrora deixou de acolher a teoria do abuso do direito explicitamente, para tão-só recepcioná-la de forma negativa [...]”³³³⁴; se não constituem atos ilícitos aqueles praticados no exercício regular de um direito, somente podemos concluir que constituem atos ilícitos aqueles praticados no exercício irregular de um direito “[...] porque não existe, no campo do direito, zona intermediária e incolor, espécie de limbo jurídico, em que licitude e ilicitude perdem sentido e significação.”³⁵

De toda forma, o legislador do Código Civil de 2002³⁶ adotou de forma expressa o abuso de direito como ilícito, de forma que “[...] há pouca ou nenhuma margem de discussão acerca da real natureza jurídica do instituto [...]”³⁷. Uma vez que, no caso concreto, se ultrapassar os limites lógico-formais ou axiológico-materiais da ordem jurídica estaremos diante de um ato ilícito.³⁸

Com base na redação dos art. 186, 187 e 188 fica evidente a escolha do legislador por dispensar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) como elementar da conduta de um indivíduo para a configuração do abuso de direito e, conseqüentemente, desta espécie de ato ilícito.^{39 40}

há duas acepções bem conhecidas da palavra direito: o conjunto das normas que regulam a conduta humana (juridicidade, Direito) e uma determinada prerrogativa (direito subjetivo). Assim, um mesmo ato pode ser simultaneamente conforme os contornos de um determinado direito subjetivo e contrário ao Direito como um todo.” ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

33 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso do direito. São Paulo: Atlas. 2007, p. 57.

34 Para Helena Najjar Abdo, embora feliz a opção do legislador de 1916 em adotar formulação abstrata do conceito de abuso do direito, também foi criticado por não estabelecer critérios objetivos como, por exemplo, a necessidade ou não de se verificar o elemento subjetivo do agente. ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

35 LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de Direito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959, p.58-59.

36 “Vestígios da teoria podiam e podem ser identificados desde a Lei de Introdução ao Código Civil. O artigo 5º da lei introdutória estatui, por exemplo, que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Ora, isto significa que se alguém praticar determinado ato amparado num direito reconhecido, mas distante dos fins sociais e das exigências do bem comum a ele inerentes, esse alguém estará sujeito a sofrer interferências do Poder Judiciário com vistas a realinhar seus atos naquele sentido. De certa forma, pois, aí estava e está enquadrado o abuso do direito.” LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso do direito. São Paulo: Atlas. 2007, p. 57.

37 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso do direito. São Paulo: Atlas. 2007, p. 55

38 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso do direito. São Paulo: Atlas. 2007, p. 55

39 ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

40 Neste sentido, também: “Pela leitura do referido art. 187 do Código Civil, verificamos que o Direito brasileiro estabelece critérios para a configuração do abuso do direito, quais sejam: a) que o abuso do direito é um ato ilícito; b) esse ato ilícito deve ser praticado pelo titular do direito subjetivo; c) que tenha sido excedido os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; e d) que tenha sido o ato ilícito abusivo manifesto.” SOARES, Carlos Henrique. Abuso do direito processual no novo Código de Processo Civil. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, nº 97, set-out 2015, p.179.

Contudo, é importante frisar que não há de se relacionar, necessariamente, a noção de abuso de direito (ato ilícito) com responsabilidade civil.⁴¹ Este era o entendimento que se extraía dos arts. 159 e 160 do Código Civil de 1916, mas que não subsiste no Código atual. Nos termos do art. 186 e 187, conclui-se que não só o abuso de direito prescinde do elemento subjetivo do agente, mas também do dano; o dano se torna pressuposto da obrigação de ressarcir (art. 927 e seguintes do Código Civil), mas não do abuso⁴².

3.2. Abuso de Direito no Código de Processo Civil.

O abuso do direito processual é espécie do gênero abuso de direito; uma de suas possíveis manifestações. Assim como no direito material, no âmbito do processo o abuso se dará no exercício de uma prerrogativa com finalidades distintas daquelas almejadas pelo ordenamento, seja fora do momento processual adequado, ou visando objetivos ilícitos ou indesejáveis, valendo-se da atuação jurisdicional do Estado^{43, 44 45}

É igualmente abusivo, no âmbito processual, o ato que, disfarçado de prerrogativa de exercer uma faculdade que lhe fora concedida pelo ordenamento, tem por objetivo pretendido algo ilícito e busca “[...] senão causar prejuízos a outra parte ou ao andamento regular do procedimento e da dignidade da prestação jurisdicional. É o que chamamos de desvio da finalidade do ato processual.”^{46 47}

- 41 Enunciado nº 37 do Conselho de Justiça Federal: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.
- 42 MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 842, dez. 2005, p. 9. Ainda: “Desta [configuração do abuso como ilicitude sem culpa] poderão advir outras conseqüências jurídicas que não a indenização, como a cominação de nulidade, a ineficácia, ou outras sanções que se aplicam de modo concomitante à sanção civil, como aquelas de caráter penal ou administrativo.” MIRAGEM., *Ibidem*.
- 43 “[...]enquanto que, no direito privado, o abuso atingia tão-somente a outra parte, ou terceiros, no processo abrange também o Estado. Era, e é, assim, o indivíduo servindo-se do Estado, através dos órgãos jurisdicionais, para prejudicar a outrem, ou para obter resultados ilícitos e inatingíveis sem o concurso do mesmo Estado.” CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do direito no processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 32.
- 44 “Na realidade, é o processo civil campo muito mais vasto para o exercício abusivo do direito”, embora substancialmente o abuso de direito aqui não seja diverso do que se comete em face dos outros ramos jurídicos” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro in MOREIRA, José Carlos Barbosa. MEDÉZ, Francisco Ramos. Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106 apud CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do direito no processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 31.
- 45 Para Humberto Theodoro Júnior, o abuso de direito processual consiste “[...] nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro In MOREIRA, José Carlos Barbosa. MEDÉZ, Francisco Ramos. Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.
- 46 SOARES, Carlos Henrique. Abuso do direito processual no novo Código de Processo Civil. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, nº 97, set-out 2015, p.184.
- 47 Sobre o objeto de abuso no processo civil, Helena Najjar Abdo afirma que “[...] o abuso do direito, no âmbito do direito privado, está sempre ligado ao exercício de um direito subjetivo. O mesmo se pode dizer em relação ao

No Código de Processo Civil de 1939 é clara a influência do direito material e do Código Civil de 1916, “[...] transplantando para o processo civil as noções de abuso, dolo, fraude, culpa, para compor a figura de lide temerária [...]”⁴⁸. O instituto foi esboçado no seu artigo 3º, dispondo que responderá por perdas e danos aquele que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Tanto no caput, que trata da conduta do autor, quanto no seu parágrafo único, que trata da conduta do réu, percebe-se que se adotou a teoria subjetivista⁴⁹, ou seja, o elemento subjetivo do agente não será abstraído da conduta, bem como presume-se o dano, em linha com a leitura *a contrario sensu* do artigo 160, caput e inciso I combinado com o art. 159.

Já no Código de Processo Civil de 1973, o legislador optou por não apresentar uma definição genérica do abuso de direito processual, trazendo no artigo 17 e incisos a descrição analítica de situações nas quais restariam configurado o abuso das faculdades processuais.⁵⁰ Ainda, pela enumeração de critérios objetivos para verificação do abuso, revogou a necessidade de se verificar o elemento subjetivo do agente e, em substituição à expressão abuso de direito processual, adotou o conceito de litigância de má-fé.⁵¹

O inciso III do artigo 17 reputa como litigante de má-fé aquele que “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”. Tanto o inciso I, que igualmente reputa a qualidade de litigante de má-fé àquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” quanto o III dizem respeito aquele que provoca a prestação jurisdicional com desvio de finalidade⁵².

Contudo, as figuras se diferenciam quanto ao objetivo ilegal à que a lei se refere, estando o inciso III “[...] não diretamente ligado ao *petitum*: [mas sim] expor a parte contrária à desonra pública, abalar-lhe o crédito, exercer sobre ela pressão psicológica

abuso do processo. A única diferença é que, hoje em dia, raramente se fala em direitos subjetivos processuais [...]. Prefere-se usar os termos situações jurídicas subjetivas ou posições jurídicas subjetivas, [...] [que] traduzem com mais precisão as posições ocupadas pelos sujeitos processuais e, [...] constituem o próprio objeto de abuso no processo civil.” ABDON, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

- 48 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro In MOREIRA, José Carlos Barbosa. MEDÉZ, Francisco Ramos. Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 106 apud CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do direito no processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 31.
- 49 Segundo José Olympio de Castro Filho, a teoria subjetivista é aquela que defende que “[...] para determinar se há ou não abuso do direito, atende-se exclusivamente à intenção do agente. O exercício de um direito é abusivo, e torna-se ilícito, se aquele que o exerce apenas teve em vista prejudicar terceiros, sem nenhum ou com insignificante proveito para si.” CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do direito no processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 26.
- 50 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro in MOREIRA, José Carlos Barbosa. MEDÉZ, Francisco Ramos. Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 105
- 51 SOARES, Carlos Henrique. Abuso do direito processual no novo Código de Processo Civil. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, nº 97, set-out 2015, p.180-181.
- 52 ABDON, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

ou econômica para obter favores ou vantagens indevidas etc.”⁵³ Por este motivo, “[...] talvez seja essa a hipótese na qual é ainda mais perfeito o enquadramento da litigância de má-fé na teoria do abuso do processo.”⁵⁴

Importante ressaltar, também, que o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 14, passou a prever deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, como, por exemplo, o dever de veracidade, de proceder com lealdade e boa-fé e de não formular pretensões e defesas desprovidas de fundamentação, deveres estes mantidos pelo Código de Processo Civil de 2015 no artigo 77.

A principal inovação da redação do Código de Processo Civil de 2015, neste aspecto, reside justamente no fato de que, ao enumerar os deveres das partes, omitiu o dever de “proceder com lealdade e boa fé” previsto no artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil de 1973. “De fato, na redação do Novo CPC [Código de Processo Civil de 2015] o conceito de boa-fé deixou de ser apenas mais um dentre os demais deveres das partes, sendo promovido a princípio orientador da interpretação de todo o Código [...]”^{55 56}

Dentre as chamadas normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12 do Código de Processo Civil de 2015), alguns dispositivos reproduzem princípios constitucionais, marcadamente direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, sem acréscimo de sentido, ao passo que outros “[...] claramente buscam densificar os direitos fundamentais que integram o direito ao processo justo, com acréscimo de texto e de sentido.”⁵⁷

Ao afirmar que o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição Federal, o legislador infraconstitucional tenta “[...] adimplir com o seu dever de organizar um processo justo.” Neste sentido, “[...] o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado.”⁵⁸ Ainda que não seja possível definir com precisão a conformação do direito ao processo justo, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil de 2015⁵⁹, este será pautado pela colaboração do juiz para com as partes.⁶⁰

53 ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159 apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

54 ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159

55 LAMY, Eduardo. RESCHKE, Pedro Henrique. Comentários ao Capítulo II, Seção do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 142

56 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

57 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 153.

58 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 153.

59 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

60 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 153.

Mais do que uma acepção do contraditório como garantia de influência e de não surpresa, o princípio fundamental da cooperação deve ser interpretado como a superação do binômio informação-reação, da bilateralidade dizer e contradizer, e revela uma verdadeira capacidade das partes de efetivamente participar, junto ao juiz, na construção dos provimentos judiciais.^{61 62}

Neste contexto, ganha ainda mais relevância o art. 5º do Código de Processo Civil de 2015⁶³, norma geral de conduta das partes, entendida como o compromisso ético daqueles que de qualquer forma participem do processo de não gerar danos à parte contrária, nem ao processo, através da sua atuação em juízo.⁶⁴ Em suma, “[...] o desrespeito desse dever legal configura o abuso do direito de demandar.”^{65 66}

4. FORMAS NÃO APARENTES DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO CIVIL.

Sofia Temer, em sua tese de doutorado⁶⁷, exemplifica duas formas de participação não ostensivas ou não aparentes no processo que vem sendo debatidas, sobretudo, no direito estrangeiro⁶⁸: a agregação informal e o *third-party funding* (financiamento processual por “terceiros”)⁶⁹.

61 TORRES, Amanda Lobão. A cooperação processual no novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). O Novo Código de Processo Civil Brasileiro - Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.

62 Neste sentido: “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.” DIDIER JR., Fredie. Comentários ao Título Único do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 18.

63 Cassio Scarpinella Bueno sobre as normas fundamentais que inauguram o Código de Processo Civil de 2015: “O caráter didático de cada um daqueles onze artigos, contudo, é inegável e por isso mesmo merece ser enaltecido e bem compreendido para viabilizar a interpretação e a aplicação do Código de Processo Civil – e, mais do que ele, de todo o direito processual civil –, mais harmônico com os valores do Estado constitucional brasileiro.” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 399.

64 LAMY, Eduardo. RESCHKE, Pedro Henrique. Comentários ao Capítulo II, Seção do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 142

65 LAMY, Eduardo. RESCHKE, Pedro Henrique. Comentários ao Capítulo II, Seção do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 142

66 Neste sentido, ainda: “É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva).” DIDIER JR., Fredie. Comentários ao Título Único do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 17.

67 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020.

68 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 404-435.

69 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 404-405. Ao longo da obra, a autora questiona o modelo clássico

4.1. Agregação informal de demandas.

A agregação informal é o nome dado ao fenômeno da coordenação de esforços entre litigantes, advogados e escritórios em ações judiciais similares ou conexas com o objetivo de estabelecer rede colaborativa e compartilhar informações, coordenar produção probatória e documental, bem como definir estratégias processuais unificadas.⁷⁰ É resultado da falha de mecanismos formais capazes de unificar a condução de controvérsias que envolvem uma diversidade de litigantes, inclusive pela falta de integração sistêmica entre diferentes instâncias.⁷¹

Sob a perspectiva da multiplicidade de autores, a tendência é que a agregação informal se dê sob um único advogado ou escritório. O conhecimento produzido e organizado em torno de uma demanda é geralmente aplicável ao caso concreto de uma variedade de clientes, assim como a representação unificada favorece a negociação de acordos.⁷²

No entanto, o fenômeno se manifesta de forma muito mais relevante quando a coordenação se dá entre advogados e escritórios diversos. Nestes casos, a coordenação recorre à angariação de recursos para financiar um litígio de alto nível, com contratação de peritos e produção de evidência científica, e a difusão destas informações em redes colaborativas, permitindo a condução eficiente e efetiva de demandas.⁷³

No polo passivo igualmente temos duas possibilidades: o réu demandado em diversas ações ou diversos réus demandados em ações correlatas. No primeiro caso, é natural que se organize uma resposta coordenada. A defesa costuma ser centralizada em um escritório que coordena a estratégia de defesa a ser conduzida pelo advogado que atua no local de ajuizamento da ação. Quanto maior for o número de casos, mais organizado deverá ser o sistema de troca de informações para manter o coordenador a par dos andamentos processuais.⁷⁴ Já na multiplicidade de réus e demandas, a coordenação tem como principal vantagem evitar que a estratégia adotada num processo prejudique as demais.⁷⁵

de participação no processo, fruto da conformação subjetiva estática da relação processual no momento da propositura da ação e citação do réu, desafiando conceitos como “parte” e “terceiros”, interpretando-os como heranças de um modelo processual que já não se adequa à realidade processual e ao atual desenvolvimento da ciência jurídica.

70 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 381-471.

71 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 408. “O que a lei não alcança formalmente, os advogados alcançam informalmente.” *Ibid.*, p. 383. Tradução livre.

72 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 388

73 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 389

74 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 402

75 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 405

Tanto na coordenação de autores quanto de réus é possível que a corte imponha a coordenação de partes em nome da eficiência.^{76 77} Mais especificamente no caso de multiplicidade de autores em ações coletivas de larga escala, a corte poderá designar advogado ou grupo de advogados para supervisionar e coordenar a defesa técnica dos demandantes. Similarmente, o juiz que identificar demandas similares em jurisdições diferentes poderá igualmente designar advogado ou grupo de advogados supervisores. Ainda que nestes casos estejamos falando de uma agregação formal, essas estruturas organizadas costumam influenciar as demandas não incluídas, numa espécie de agregação formal parcial.⁷⁸

4.2. Third-party funding.

O financiamento processual por “terceiros” consiste num investimento realizado por terceiro alheio ao processo e à relação material litigiosa em determinado procedimento, seja ele arbitral ou judicial, geralmente mediante a condição de auferir parte do resultado favorável eventualmente experimentado pela parte financiada.⁷⁹

Como exemplo, digamos que determinada empresa que está avaliando se deve ou não ajuizar demanda sob a qual há expectativas razoáveis de se sagrar vencedora, mas que, no momento, não dispõe de recursos para arcar com os custos do processo. Nesta perspectiva, “[o] financiamento por terceiros nada mais é do que a aplicação de soluções do mercado de investimentos a problemas do sistema de resolução de disputas.”⁸⁰ Na prática, a companhia se isola dos riscos financeiros do litígio em troca de, ao final, receber porção menor do valor da condenação. Em troca desse investimento, é comum que o investidor/financiador realize ainda o monitoramento, fiscalização e exerça o poder de tomar decisões estratégicas na condução do litígio.⁸¹

76 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 406

77 “Independentemente da origem do impulso coordenador, seja dos advogados ou do judiciário, juízes acolhem a coordenação de advogados pela coerência que trazem para os litígios repetitivos”. ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 398. Tradução livre.

78 ERICHSON, Howard M. *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*. Duke LJ, v. 50, 2000, p. 398

79 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 404. Ainda, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre o custo da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. Revista de Processo, vol. 277-278, mar. 2018, p. 47-78.

80 CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 13-15.

81 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 404 e 406. Ainda, Antonio do Passo Cabral cita o dever de cuidado e diligência do litigante, cuja negligência poderia levar ao dever de indenizar o financiador; o dever de informação dos fatos em causa e provas disponíveis; sujeitar atos de disposição à concordância do financiador; e dever de sigilo “pois a revelação da existência de um contrato desse tipo poderia levar o juiz, mesmo inconscientemente,

Na arbitragem, a análise da posição do financiado em relação ao procedimento deverá passar a levar em conta sua relação com a cláusula arbitral que fundamenta o procedimento, surgindo daí duas categorias de terceiros: “[...] *imperfeitos* (não são parte do processo arbitral, mas são parte da convenção de arbitragem) e *absolutos* (não são parte da arbitragem nem da convenção)”.⁸²

De acordo com Marcel Carvalho Engholm Cardoso, o direito brasileiro admite a intervenção coata ou voluntária dos terceiros imperfeitos, e a intervenção voluntária dos terceiros absolutos se estivermos diante da inutilidade da decisão proferida em sua ausência, em referência às hipóteses de litisconsórcio passivo necessário.⁸³

Já em relação ao processo judicial, os reflexos da participação do terceiro investidor também dependerão da figura de direito material aplicável ao caso. As hipóteses mais comuns de financiamento processual são aquelas em que há transferência, pelo financiado ao financiador, do direito ao crédito relativo à coisa material em discussão, “[...] mas não a obrigação jurídica subjacente, de modo que [o financiador] não se tornará titular do direito material discutido no processo”⁸⁴. Desta forma, ele não poderá ser litisconsorte nem interveniente, seja por falta de relação com o objeto litigioso, como nos casos das intervenções voluntárias, seja por falta de previsão legal no caso das intervenções coatas.^{85 86 87}

a imaginar que a parte não está certa de seu direito, ou ainda a condená-lo em patamar mais elevado nas verbas sucumbenciais por saber que o custo será suportado por um terceiro com grande poderio financeiro.” CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de Processo*, vol. 277-278, mar. 2018, p. 47-78.

82 CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 184.

83 CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 152.

84 CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 151.

85 CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 152-154.

86 Sofia Temer, ao comentar a extensão do interesse do financiador: “[...] ainda que se considere que seu interesse não é jurídico, e sim meramente econômico (o que variaria, segundo a doutrina especializada no tema, de acordo com a modalidade contratual), tal interesse pode ser reputado relevante o suficiente para reputá-lo um sujeito processual. Com base no critério do interesse, aliás, é que o financiador “filantrópico” [que financia litígio de relevância social] raramente é considerado sujeito do processo, e o investidor que controla o litígio por ostentar um interesse econômico relevante é considerado em situações excepcionais a própria parte.” TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 422.

87 Quanto à admissibilidade do financiador sob a figura do *amicus curiae*, sem prejuízo do tópico dedicado mais a frente, é importante frisar que, de acordo com Marcel Carvalho Engholm Cardoso: “Em direito estrangeiro, é possível observar exemplos da utilidade de tal intervenção, como para tratar sobre especificidades do contrato de financiamento. Não obstante, é preciso novamente ter em mente que o interesse do financiador geralmente será de não revelar seu envolvimento, muito menos os termos do contrato com a parte ou de outros contratos por ele firmados em demandas distintas. Assim, considerando a voluntariedade dessa intervenção e os interesses comumente presentes, pode-se imaginar que sua ocorrência, apesar de possível, será bastante rara na prática.” CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 155.

Por fim, importante ressaltar que, para Sofia Temer, apesar de o financiamento processual geralmente se manifestar em litígios que envolvam um interesse econômico, a autora aponta para a possibilidade de que a prática decorra de motivos distintos, “[...] como em razão de vínculos afetivos, para proteção de sujeitos vulneráveis, para sanar déficit e disparidade entre litigantes, para assegurar padrão decisório, dentre outras razões.”⁸⁸

5. PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO CIVIL E INTEGRAÇÃO DO SUJEITO OCULTO.

5.1. Modelo clássico de estrutura tríplice do processo.

A disciplina clássica acerca dos sujeitos processuais é centrada na estrutura tríplice da relação jurídica processual composta entre autor, réu e juiz, estabelecida no início do procedimento e que deve se manter estável durante o processo num rígido sistema de estabilização subjetiva, o chamado princípio da *perpetuatio legitimationis*.^{89 90}

É dentro deste contexto que a conceituação de sujeitos processuais e os possíveis arranjos da relação subjetiva se torna um problema central. Com o reconhecimento da autonomia do direito processual em relação ao direito material, convencionou-se que não mais seria possível classificar como parte do processo os sujeitos da relação de direito material controvertida. Assim, partes são os sujeitos da relação processual e, os demais, por exclusão, são terceiros.^{91 92 93}

88 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 422-423

89 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 29.

90 De acordo com Sofia Temer, são características deste modelo: a) a bilateralidade autor-réu em polos antagônicos com posições e interesses binários; b) a linearidade da atuação dos sujeitos ao longo de todo o procedimento; c) a estaticidade da relação processual após a estabilização subjetiva; d) a disponibilidade, ou seja, a conferência de poder ao autor e, em menor medida, ao réu no estabelecimento da conformação subjetiva; e) a tipicidade das formas de intervenção e modalidades de atuação definidas a partir de situações de direito material. TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 87.

91 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 35-36

92 “Uma das demonstrações claras de tal definição se encontraria nos embargos de terceiros (art. 674 e seguintes do CPC/2015), que indica ser “terceiro” apto a manejar os embargos justamente quem, “não sendo parte do processo”, sofrer constrição ou ameaça de constrição”. TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 36

93 “Nesse sentido [vinculação dos sujeitos ao direito material], foi consagrada a compreensão do requisito do interesse de agir para a intervenção de um terceiro no processo. O interveniente deveria demonstrar seu interesse jurídico na demanda, ou seja, deve comprovar a repercussão que a discussão do processo poderá ter sobre uma relação jurídica titularizada por ele.” CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p.20. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em: 07/06/2022.

Fato é que “[...] a classificação pelo contexto processual não sanou as divergências e problemas teóricos e práticos [...]”⁹⁴ do sistema de participação no processo, e toda vez que há sujeitos processuais novos torna-se mais difícil a caracterização de “parte” e “terceiro”, demonstrando as deficiências da classificação pelo contexto processual.⁹⁵

Os sujeitos são ora classificados “[...] pela posição que ocupam no processo (ou o polo no qual se situam), ora pelo momento de ingresso, ora pelos poderes que exercem, ora pela forma como se relacionam com o objeto litigioso e com a eficácia da decisão.”^{96 97} Isso seria reflexo do modelo da típica lide e da ausência de uniformidade dos critérios capazes de identificar os sujeitos e suas finalidades ao ingressar em juízo, bem como os ônus e deveres processuais que lhes serão reservados, a sujeição destes aos efeitos da decisão, dentre outros.⁹⁸

Pautada pela bilateralidade autor-réu, a transposição da ideia clássica de lide ao processo induz à pressuposição de interesses binários e contrapostos, lineares e estáveis durante o processo. Por consequência, esse viés interpretativo transfere a uniformidade de posições e interesses aos demais sujeitos que venham, eventualmente, a integrar determinado polo da relação processual.⁹⁹

Esta concepção de conflito “[...] acaba por negligenciar a real posição dos sujeitos nas relações processuais e a própria dinamicidade de seus interesses”, restringindo a possibilidade de sujeitos exercerem posições não alinhadas com nenhum dos polos, o

94 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 36.

95 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 40. A autora cita teorias que identificam as “partes da demanda” e “partes do processo” para diferenciar autor e réu daqueles que de alguma forma exercem contraditório perante o juiz; “partes principais” e “partes acessórias”; “partes” e “terceiros”, ainda que após o ingresso destes no feito. TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 38.

96 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 38.

97 Neste sentido: “Quanto mais intenso o grau de influência da decisão sobre a relação material da qual faz parte o terceiro, maior a importância da sua participação (tornando-se, consoante o caso, até mesmo parte ao lado das demais partes que, como tais, já figuravam no processo, típica situação de intervenção de litisconsorte necessário faltante) e, conseqüentemente, também maior o plexo de atividades que poderá desenvolver ao longo do processo. [...] Diante disso, é pertinente entender que a intervenção de terceiros pressupõe conflito ou confronto de relações jurídicas entre aqueles que são partes e aqueles que, como terceiros, poderão ou deverão intervir. A depender das especificidades de cada situação, analisada sempre na perspectiva do direito material, variam as modalidades interventivas.” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 531. Livro eletrônico.

98 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 41

99 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 46

que, por sua vez, “[...] resulta na ausência de regimes para tais situações (que, contudo, já ocorrem na prática [...])”, a exemplo do que vimos no tópico anterior.¹⁰⁰

Historicamente, as possibilidades de intervenção foram identificadas com base na “[...] relação jurídica titularizada pelo sujeito interveniente a partir de vínculos como de cotitularidade, conexidade, continência, prejudicialidade, afinidade, subsidiariedade e sucessividade”^{101 102}, a despeito de haver outras justificativas habilitadoras de integração de terceiros ao processo, como a economia processual e coerência e harmonia decisória.^{103 104}

5.2. Ações coordenadas e inadequação das figuras nominadas de participação.

A hipótese com a qual trabalhamos é de que o sujeito que possui interesses não declarados *quer* permanecer oculto, ou seja, quer influir e atuar na condução dos procedimentos de forma não aparente, não sendo de seu interesse ou objetivo figurar ou vir a figurar como parte (na acepção tradicional) no processo.

Razões das mais variadas poderiam justificar essa postura. Se o objetivo do sujeito oculto é, por exemplo, constranger, intimidar ou silenciar um indivíduo, grupo ou classe, valendo-se do direito à ação de múltiplas pessoas físicas e/ou jurídicas, além de o potencial danoso a ser suportado por seu pretense adversário ser exponencialmente maior desta forma, é conveniente que a eventual reprovabilidade destes atos (potencialmente meros simulacros de demandas judiciais) sejam atribuídos, ainda que formalmente, única e exclusivamente a estes “associados”, e não ao sujeito oculto em si.

Esta espécie de “resguardo” poupa o sujeito oculto de comprometer seu capital social e político, bem como de ter seu nome ou marca associado à, por exemplo, configuração de um eventual atentado à liberdade de imprensa, caso o réu das inúmeras demandas seja um jornalista ou periódico com ideologia ou linha editorial contrária aos seus interesses.

100 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 47-48.

101 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 77.

102 A autora ressalta que há clara preponderância do equacionamento da eficácia da sentença sobre a esfera jurídica de terceiros, e do conceito de interesse jurídico, “[...] até hoje tidos como indispensáveis para as modalidades interventivas clássicas”. TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 78-79

103 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 77

104 “Assim como nenhum sujeito é capaz de definir, sozinho, a estruturação e composição subjetiva do processo, a legislação não é capaz de identificar e pré-formatar, em esquemas abstratos, todos os arranjos subjetivos possíveis, todas as modalidades de atuação, e todos os pressupostos que justificam a atuação em juízo, pela simples constatação de que não é possível esgotar e verter para o processo as inúmeras possibilidades de interação entre sujeitos.” TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 115

Diante desta hipótese, para que possamos entender como o sistema atual de participação no processo civil responde à esta figura, é de extrema importância termos em mente dois critérios tradicionalmente adotados pela doutrina na classificação das modalidades de intervenção de terceiros¹⁰⁵: (i) o critério de *iniciativa*, que contempla as intervenções voluntárias, que dependem da iniciativa do interveniente, e as intervenções coatas, por iniciativa das partes ou do juiz¹⁰⁶; e (ii) aquela que depende “[...] de a intervenção veicular ou não uma nova pretensão, deduzida pelo interveniente ou contra ele [...]” que poderá ser objetivamente ampliativa ou não.¹⁰⁷

Humberto Theodoro Júnior elenca os seguintes casos de intervenção de terceiros no CPC: a) assistência (arts. 119 a 124); b) denúncia da lide (arts. 125 a 129); c) chamamento ao processo (arts. 130 a 132); d) incidente de descon sideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137); e) *amicus curiae* (art. 138); e f) recurso do terceiro prejudicado (art. 996).¹⁰⁸

105 Cássio Scarpinella Bueno elenca demais hipóteses interventivas espalhadas ao longo do Código: “É o que se dá com a alegação da ilegitimidade passiva pelo réu, que poderá, consoante o caso, trazer um terceiro para o processo em verdadeira hipótese de sucessão processual ou, a depender da manifestação do autor, de litisconsórcio passivo ulterior (arts. 338 e 339); com a reconvenção que, na roupagem que lhe deu o CPC de 2015, admite a intervenção de terceiros em relação à demanda originária (art. 343, §§ 3o e 4o); com a exibição de documento ou coisa formulada em face de terceiro (art. 401); com a autocomposição judicial que pode compreender “sujeito estranho ao processo”, terceiro, portanto (art. 515, § 2o); com a oposição (arts. 682 a 686); com os embargos de terceiro (arts. 674 a 681); com o recurso de terceiro prejudicado (art. 996, parágrafo único); e com a ação rescisória proposta por terceiro em relação ao processo originário (art. 967, II).” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 533. Livro eletrônico. Não poderíamos deixar de citar ainda o art. 190 do CPC, que trata da celebração de negócios jurídicos atípicos. Sobre o tema, Lia Carolina Batista Cintra pondera que doutrina e jurisprudência terão longo caminho a trilhar na definição de contornos e limites do instituto, mas adverte pela relatividade dos negócios jurídicos e seus efeitos na intervenção: “Desse modo, ou os terceiros devem necessariamente participar do negócio jurídico processual ou estes só poderão ser benéficos a eles, de modo a ampliar seus poderes ou as suas possibilidades de participação voluntária no processo. É inaceitável que seja celebrado negócio processual entre as partes que possa restringir direitos de terceiros.” CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 171.

106 Humberto Theodoro Júnior rechaça a hipótese de o juiz trazer terceiro a juízo. “O que ele faz, em casos como o do parágrafo único do art. 115, é determinar a uma das partes que, se quiser a decisão de mérito, cite terceiros (litisconsortes necessários), pois, do contrário, o processo será trancado sem ela. A coação legal exerce-se sobre a parte e não sobre o terceiro. Esse continua livre de intervir ou não, de maneira concreta ou efetiva. Não se lhe comina pena alguma. Suporta apenas o ônus de sujeitar-se aos efeitos da sentença, como decorrência da citação.44 O efetivo ingresso do terceiro no processo é que pode ser qualificado de provocado (ex.: denúncia da lide ou chamamento ao processo) ou dar-se por iniciativa do próprio interveniente (ex.: assistência).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 344. Abordaremos este tema em tópico dedicado.

107 CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 132-133. Humberto Theodoro Júnior, sobre o segundo critério: “[...] conforme o terceiro vise ampliar ou modificar subjetivamente a relação processual, a intervenção pode ser: (a) ad coadiuvandum: quando o terceiro procura prestar cooperação a uma das partes primitivas, como na assistência; (b) ad excludendum: quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas, como na oposição.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 344.

108 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 345.

Pela proposta do presente trabalho, logo de cara podemos eliminar das hipóteses de integração do sujeito oculto ao processo (a) as intervenções voluntárias, como a assistência e o recurso de terceiro prejudicado, mas não o *amicus curiae* (conforme abordaremos adiante) e (b) as hipóteses de ampliação objetiva ou subjetiva que decorrem justamente da atuação do interveniente quando da sua integração ao processo. Resta-nos, então, as modalidades de intervenção coatas.

Denúnciação da lide é modalidade de intervenção coata por iniciativa da parte que “[...] introduz no processo demanda de natureza condenatória (obrigação de ressarcir) em face do denunciado [...]”. As hipóteses de admissibilidade são taxativas, quais sejam a evicção e o direito de regresso.¹⁰⁹

Igualmente vinculado a determinada situação de direito material é o chamamento ao processo de alguém que já poderia ter sido incluído no polo passivo desde o início.¹¹⁰ As hipóteses são igualmente taxativas nos termos do art. 130 do CPC¹¹¹ e estão relacionadas às formas de se exigir obrigações solidárias (art. 275 do CC¹¹²).¹¹³

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica não faremos grandes considerações pois a inadequação desta figura ao objetivo em tela é flagrante.¹¹⁴ Resta-nos, então, o *amicus curiae*, instituto que, apesar de num primeiro momento parecer inadequado às finalidades pretendidas, é suficientemente amplo para abarcar formas de participação não aparente.

5.3. Interesse de agir e zonas de interesse.

Em linha com a teoria concreta do direito à ação abordada anteriormente, a legitimidade para alegar a necessidade de tutela jurisdicional era atribuída pela norma material “[...] e nela deveriam ser buscadas as condições que limitam a prática do ato e o poder jurídico que o justifica.”¹¹⁵

109 CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

110 CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

111 Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu; II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles; III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

112 Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

113 CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

114 “O Código Civil de 2002 normatizou conduta que já vinha sendo adotada pela jurisprudência, de desconsiderar a personalidade jurídica, a fim de imputar aos sócios ou administradores a responsabilidade pelo ato ilícito praticado pela empresa. De tal sorte, os bens particulares dos sócios que concorreram para a prática do ato respondem pela reparação dos danos provocados pela sociedade.” THEODORO, JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, volume 1. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 381.

115 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 4.

Com a teoria abstrata da ação e a constatação de que a relação jurídica processual não se confundia com o direito material, ficou claro que nem sempre aquele que busca o judiciário para a proteção de um suposto direito tem razão.¹¹⁶ O reconhecimento de situações em que não há coincidência entre direito material e situação legitimante nos leva a concluir “[...] que o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional de legitimidade [...] com base num direito subjetivo e interesses materiais privados e contrapostos.”¹¹⁷

Neste sentido, Antonio do Passo Cabral propõe, no que tange à legitimidade, uma redução do “[...] espectro de análise para a prática de cada ato processual isoladamente”, a chamada *legitimatío ad actum*, em contraposição à tradicional *legitimatío ad causam*, esta focada num juízo de pertinência subjetiva da demanda quando de sua propositura, em detrimento daquela no que diz respeito ao reconhecimento de um caráter transitivo da legitimidade a ser verificado em relação a determinado estado de fato, em busca de uma situação legitimante^{118, 119}

A *legitimatío ad causam*, indissociável da estrutura tríplice do processo e do princípio da *perpetuatio legitimatío*, petrifica no momento da propositura da demanda a análise do interesse de agir¹²⁰, historicamente relacionado ao direito material alegado. Uma vez abstraída a situação material pretérita, quando da análise dos atos processuais, os requisitos e pressupostos de cada um deles deverá ser compreendido de forma dinâmica ao longo do processo e no exercício do contraditório¹²¹.

Cabral propõe ainda o conceito de “zonas de interesse” conforme entendimento de que “[...] o interesse processual reflete a utilidade cambiante da tutela jurisdicional na vida dos litigantes [...] sujeita a alterações às quais o processo deve estar apto a responder [...]”.¹²²

116 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 5.

117 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 6.

118 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 7.

119 “Em razão do dinamismo da relação processual, é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual.” CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 20.

120 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 3.

121 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 7-8.

122 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 28.

Segundo o autor, a utilidade que deve nortear o interesse de agir, vez que o raciocínio empreendido é utilitário e o ato interessado é teleologicamente orientado¹²³, é uma utilidade processualmente relevante na óptica do litigante¹²⁴. Daí a inadequação dos conceitos de interesse-necessidade, alinhado à teoria concreta do direito de ação, entendido como reação à violação de direito material¹²⁵, e do interesse-adequação, uma vez que a adequação do procedimento não pode ser, em si mesma, indicativa de interesse¹²⁶.

Seja para as partes ou para terceiros, o interesse de agir deve compreender o complexo de atividades permitidas aos sujeitos ao longo do processo “[...] franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente”.¹²⁷

E é justamente diante do conceito de zonas de interesse e da autonomia do interesse de agir em relação ao direito material que vemos com maior clareza o surgimento de situações legitimantes das mais variadas¹²⁸, inclusive aquelas que possibilitariam a integração do sujeito oculto, seja aquele que abusa do direito de ação, seja aquele que coordena processos em busca de padrão decisório, seja de maneira coata¹²⁹ ou voluntária, habilitando o pedido de ingresso além dos moldes das figurais atuais.

123 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 28 apud MORAES, Maurício Zanoide de. Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000, p. 64-67.

124 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 28-29.

125 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 23.

126 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 25.

127 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 29 apud MARINELLI, Marino. La clausola generale dell’art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli. Trento: Alcione, 2005, p. 167-168.

128 “[...] as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante. [...] A partir desta “desrelacionalização” do interesse de agir [em relação à estabilização subjetiva da demanda], podemos enxergar inúmeras situações em que haveria zona de interesse a permitir a atuação de um sujeito desvinculada da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda.” CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p.30.

129 O réu, ou mais especificamente em nosso caso, aquele que é o alvo do exercício abusivo do direito de ação, poderia solicitar ao juiz a citação do sujeito oculto, ou ainda o juiz poderia fazê-lo de ofício. Quanto à intervenção coata de ofício pelo juiz, a chamada intervenção iussu iudicis, conferir a obra de Lia Carolina Batista Cintra, “Intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro”, Revista dos Tribunais, 2017. Quanto ao conceito de citação, importante notar que houve uma mudança do conceito de “convocação do réu para se defender” (art. 213 do CPC 1973) para “convocação do executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238 do CPC 2015), indicativo de uma evolução em relação ao conceito clássico de lide.

5.4. *Amicus Curiae* e o interesse institucional.

Em se tratando de terceiros, a figura do *amicus curiae* desmistifica a exigência do interesse jurídico como critério de admissibilidade para a intervenção.¹³⁰ Depreende-se isso do art. 138 do CPC, que regulamentou a matéria no ordenamento brasileiro, e segundo o qual a intervenção se dará de forma espontânea, a requerimento das partes, ou de ofício pelo juiz, considerando “[...] a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia [...]”, o denominado interesse institucional do *amicus curiae*.¹³¹

Para Sofia Temer, é neste sentido que o *amicus curiae* não deve ser visto como um sujeito imparcial, ainda que o objetivo (ao menos declarado) de sua participação seja o de auxiliar o julgador, aprimorando e qualificando o debate. Decorre disso o dissenso da doutrina brasileira sobre a natureza do *amicus curiae*, se parte, terceiro ou auxiliar do juízo.¹³²

Segundo a autora, a dificuldade de assimilação do *amicus curiae* nestes moldes decorre justamente da forma de ingresso do *amicus*, distanciando-se consideravelmente das situações de modificação subjetiva do processo: o *amicus* não demanda e não é demandado, bem como não é requisito de sua admissibilidade que o *amicus* tenha qualquer relação com as relações jurídicas em debate, assim como não fica restrito à demonstração do interesse jurídico em sua acepção clássica.¹³³

130 Antonio do Passo Cabral, após comentar que historicamente o interesse jurídico sempre fora fundado na relação jurídica de direito material: “Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condição de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico. De fato a atuação do *amicus curiae* pode ser indicada, atualmente, como um exemplo interessante de sujeito desinteressado, pois sua participação não é vinculada a uma relação material.” CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p.20. Ainda, TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 236.

131 “O “interesse institucional” não pode ser confundido (em verdade, reduzido) com o interesse jurídico que anima as demais intervenções de terceiro, no que é expresso o caput do art. 119, ao tratar da assistência. [...] O “interesse institucional”, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o status de *amicus curiae* em perspectiva metaindividual, apta a realizar interesses que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa (natural ou jurídica) ou como órgão ou entidade.” BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 587. Prossegue o autor: “São, por definição, interesses que pertencem a grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que são canalizados (devidamente representados) pelo *amicus curiae*. O *amicus curiae* representa aqueles interesses em juízo como adequado portador deles que é. Seja porque constituem decisões que significam tomadas de decisão valorativas, seja porque são decisões que têm aptidão para criar padrões decisórios a serem observados por outras tantas decisões a serem proferidas posteriormente e a partir delas.” Art. 119 do CPC: “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.”

132 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 236-238

133 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 240

Por estarmos diante de uma hipótese nominada de intervenção que não trabalha com os conceitos clássicos de legitimidade e interesse, é o suficiente para “[...] provocar uma revisitação de tais categorias como indispensáveis pressupostos da atuação em juízo e das hipóteses de ingresso de sujeitos [...]” no processo.¹³⁴ Numa tentativa de sistematização de atuações atípicas e interesses e finalidades distintas do que é tradicionalmente verificado nas outras modalidades¹³⁵, a autora menciona a atuação, inclusive via *amicus curiae*, que busca garantir padrão decisório favorável.¹³⁶

Daí decorre que não podemos reputar como “inadequada” a figura do *amicus curiae* para fins de traçar contornos de uma possível integração do sujeito oculto. A abrangência dos requisitos relativos à pertinência do ingresso do *amicus* “[...] já alberga a atuação fundada em impactos e efeitos dos mais diversos [...]”¹³⁷, como os casos que decorrem de interesse de natureza não só jurídica, mas também

“[...] política, econômica, social, religiosa, dentre outras. É o que se costuma ocorrer em relação a grupos ou segmentos de sociedades em relação aos quais seja verificada pertinência temática com a questão debatida no processo, tal como ocorre com sindicatos, associações, entidades de defesa de classe, dentre outros.”¹³⁸

A autora defende que essa espécie de participação seja reconhecida como categoria autônoma¹³⁹ por não se adequar aos pressupostos clássicos de intervenção, bem como não se deve restringi-la à possibilidade de o interessado vir a sofrer prejuízo com decisão eventualmente desfavorável “[...] justamente em razão de suas consequências para a resolução de conflitos futuros.”¹⁴⁰

Outra possível justificativa para o reconhecimento do *amicus* em classe autônoma é o fato de que sua atuação, ainda que seja voltada a prestar informações para o de-

134 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248.

135 “Não há dúvida de que a atuação é distinta porque a própria função da atividade jurisdicional é ressignificada em tal contexto.” TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248.

136 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 248.

137 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 252

138 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 252

139 “Parece-nos mais adequado, portanto, superar o mito do desinteresse e diferenciar as finalidades de atuação, ainda que isso leve ao reconhecimento de “subcategorias” de amici curiae.” TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 254

140 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 253

bate, assim o faz justamente com o intuito de garantir o padrão decisório que lhe for mais favorável.¹⁴¹

Temer igualmente defende que, ainda que a contribuição destes interessados seja direcionada, distanciando-se da suposta imparcialidade dos *amicus curiae*, a admissibilidade de sua participação deve ser igualmente aferida pelo potencial de contribuição que representa, ainda que os interessados tenham com os litigantes já presentes vínculos de controle e financiamento,¹⁴² conforme abordamos previamente.

A “[...] representatividade do sujeito em relação a grupos ou segmentos considerados relevantes para a sociedade [...]” também deve ser levado em conta. Neste sentido, a intervenção poderia ser justificada ainda que a contribuição dos interessados seja admitida como “[...] forma de sinalizar a posição de determinado grupo ou segmento que virá a ser afetado (não apenas juridicamente), não necessariamente para trazer novos elementos ou informações para o debate [...]”, o que está alinhado com a proposta de interpretar o processo como um espaço público e plural, democratizando-o ao garantir tais manifestações, considerando-as como termômetros da opinião pública.¹⁴³

Por não estar vinculado a uma relação de direito material, trata-se de intervenção com base no interesse público.¹⁴⁴ Podemos citar como exemplo a atuação judicial das agências reguladoras¹⁴⁵, que “[...] por serem órgãos fiscalizadores que devem compor interesses variados em prol do bem comum não podemos imaginar que atuem vinculadas ou presas a um determinado interesse material polarizado.”¹⁴⁶ Similarmente, é neste sentido que a Administração Pública poderá mudar de polo na demanda nas ações populares.^{147 148}

141 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 253

142 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 255.

143 TEMER, Sofia. Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 255-256

144 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p.21 apud CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n.24, jul-ago, 2003, p.41.

145 Art. 31 da Lei 6.385/1976: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.” Ainda, à Comissão de Valores Mobiliários é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem, nos termos do §1º.

146 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 21.

147 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, nº 1, 2009, p. 21.

148 Lei 4.717/1965, art. 6º, §3º: “A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se

6. PL 90/2021 E RECOMENDAÇÃO CNJ Nº 127.

O PL 90/2021¹⁴⁹ de autoria do Deputado Federal Paulo Ramos (PDT/RJ), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, busca dar respostas concretas à problemática das ações coordenadas abusivas (ou “demandas opressivas”, nos termos do PL) por meio da agregação formal e da modificação da competência de ações conexas pela causa de pedir, e que possuem, ainda, identidade de polo passivo.

O PL tem o mérito de introduzir o debate no legislativo, contudo, entendemos que peca em determinados aspectos. É de se questionar, por exemplo, a opção por ser legislação esparsa; em busca de coesão e coerência do ordenamento, cremos que tema de tamanha relevância deva ser integrado ao núcleo duro da legislação processual.

Igualmente cremos que a proposta se beneficiaria muito de um escopo bem definido ao dizer se pretende regular a agregação formal de ações no procedimento comum, se no procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis, ou se em ambos.

Diferente do Código de Processo Civil de 2015, que abstrai o elemento subjetivo da conduta do agente e pressupõe a ocorrência do dano ao dispor sobre a responsabilidade por dano processual (artigos 79, 80 e 81), o PL pressupõe não só ocorrência do dano (art. 1º, §1º), mas também “o intuito de prejudicar” (art. 1º).

Da forma como as intenções lesivas dos demandantes foram elencadas, com ares de elementares da conduta, mediante a impossibilidade de comprovação destas em juízo, o juiz se veria obrigado a indeferir o requerimento de junção, diminuindo o alcance e aplicação prática do instituto.

De maneira louvável, o legislador pretendeu conferir ao demandado amplos poderes na definição do foro competente (art. 2º, §1º). Contudo, dúvidas das mais variadas poderiam surgir diante de regras de competência absoluta. Seria de grande valia que o PL dispusesse acerca da prevalência, ou não, do foro de escolha do demandado ainda que nestas hipóteses, uma vez que poderá vir a afetar a capacidade do juiz que deferir a junção reaproveitar atos já praticados no juízo de origem (art. 68, §4º, do CPC de 2015).

afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.” Cabral originalmente menciona ainda que dito aplica-se igualmente nos processos de improbidade administrativa. Contudo, por meio da Lei nº14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa teve revogado seu art. 17, §3º que, mediante remissão à Lei de Ação Popular, permitia migração do polo da demanda com a seguinte redação: “§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no §3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.”

149 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268742>. Acesso em: 20/02/2022.

Outra aparente impropriedade do PL é pretender que haja contestação única por parte do demandado (art. 3º), o que, pela redação, é compulsório e não discricionário (diferente da reconvenção no parágrafo único do artigo 5º). Contudo, se estamos diante de conexão por causa de pedir (art. 1º), não necessariamente teremos identidade entre os pedidos, e não nos parece razoável supor que o demandado seria capaz de contestar de uma só vez e tempestivamente todos as citações que venha a receber.

Logo, caso a marcha processual prossiga após o reconhecimento da existência de demanda opressiva (art. 4º), seria aberto novo prazo para o demandado contestar eventuais demais pedidos? Se não, caso os processos sigam unidos e culminem em sentença que declare o demandado culpado, qual seria o conteúdo da decisão? O demandado seria considerado revel em todos os pedidos não atacados em sua contestação única? Isso viola o contraditório e o direito de defesa. O demandado seria condenado nos únicos pedidos que eventualmente tenha atacado em sua contestação? Isso viola o direito à ação de parte dos demandantes.

O tema é de grande complexidade e precisa ser enfrentado de forma sistemática e mediante reexame de alguns institutos, como a estabilização subjetiva da demanda e sua influência sobre o sistema de participação no processo civil.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 127¹⁵⁰ aos tribunais para que adotem, “até a ulterior definição da questão pelo Poder Legislativo”, cautelas visando a coibir a prática do que denominou “judicialização predatória”, tendente a inibir a liberdade de expressão e a ocorrência do *chilling effect*¹⁵¹. Dentre as recomendações exemplificativas, o Ministro Luiz Fux menciona a verificação de juízo prevento para o agrupamento de ações por conexão ou continência, e a apuração de má-fé dos demandantes.¹⁵²

7. CONCLUSÃO.

É abusivo o exercício de um direito que extrapole os limites impostos por seus fins sociais, econômicos, pela boa-fé ou pelos bons costumes e litiga de má-fé aquele que busca usar o processo para atingir objetivo ilegal. Logo, o exercício do direito de ação com o intuito de causar prejuízos a outrem, relegando ao segundo plano ou ignorando completamente a questão meritória, configura abuso de direito.

150 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em 20/02/2022.

151 Sobre o fenômeno do *chilling effect*, conferir nota de rodapé nº 138.

152 Disponível em: <https://sintse.tse.jus.br/documentos/2022/Fev/17/diario-da-justica-eletronico-cnj/recomendacao-no-127-de-15-de-fevereiro-de-2022-recomenda-aos-tribunais-a-adocao-de-cautelais-visando->. Acesso em: 20/02/2022.

Estar em juízo é repleto de ônus patrimoniais, extrapatrimoniais e morais e a potencial lesividade do estar em juízo cresce exponencialmente se um grupo de pessoas, coordenadas e/ou financiadas por eventual sujeito oculto, com objetivo deletério comum¹⁵³ ajuízam concomitantemente ou contemporaneamente diversas ações, conexas ou não, contra uma só pessoa, em uma ou diversas comarcas do país.¹⁵⁴

A concepção clássica de lide tripartite (autor-réu-juiz), linear, estática e polarizada quando transposta ao processo pressupõe e antecipa condutas uniformes e binárias dos sujeitos processuais, especialmente das partes, titulares do direito material controvertido, em oposição aos terceiros, alheios à esta.

A sistemática de participação do processo civil brasileiro é deficiente na capacidade de assimilar a figura do sujeito oculto coordenador e/ou financiador de demandas de forma a responsabilizar dito sujeito e coibir a prática justamente por não ostentar relação direta com o direito material controvertido.

O modelo atual de participação é desenhado a partir da crise de direito material no caso concreto, hipóteses as quais quase que invariavelmente adotam como critério de admissibilidade do terceiro o interesse jurídico - em sua acepção privatista, que pressupõe interesses privados contrapostos - na crise de direito material.

A *legitimatío ad causam* e a *perpetuatio legitimationis* e a estabilização subjetiva da demanda determinam, no momento da propositura da demanda, os critérios e requisitos necessários para participação com base na aferição do interesse e da legitimidade em relação ao direito material alegado.

Dita configuração impede uma maior flexibilidade de atuação das partes e de terceiros ao pressupor e antecipar comportamentos e ao não reconhecer a dinâmica cambiante da tutela jurisdicional e os atos por meio dos quais esta poderá ser perseguida no exercício do contraditório ao longo do processo.

153 A prática é comumente associada ao fenômeno do chilling effect, uma descrição metafórica (num sentido de resfriamento, to chill em inglês) do desencorajamento experimentado por jornalistas face ao receio de represálias judiciais. É encarado como uma tentativa de restrição à liberdade de expressão. TOWNEND, Judith. Freedom of expression and the chilling effect. In: The Routledge Companion to Media and Human Rights. Routledge, 2017. p. 73-82. Disponível em: <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/67678/1/Chapter%207%20Townend-chilling%20effects-accepted%20version-1-3-17.pdf>. Acesso em: 16/10/2021. Joanna Kempner propõe que efeito similar de autocensura pode ser observado entre pesquisadores que buscam evitar controvérsias políticas e a perda de financiamento em determinadas linhas de pesquisa. KEMPNER, Joanna. The chilling effect: how do researchers react to controversy? PLoS Medicine, v. 5, n. 11, p. e222, 2008. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.0050222>. Acesso em: 16/10/2021.

154 O jornalista João Paulo Cuenca se tornou réu em cerca de 140 processos distribuídos nos Juizados Especiais Cíveis (JEC) de diversas comarcas ao longo do país. O rito do JEC é orientado pelo critério da oralidade e marcado por um número de procedimentos que exigem a presença das partes. Um exemplo particularmente oneroso ao réu são as audiências de conciliação e as audiências de instrução e julgamento, cuja ausência o torna revel, ou seja, passará a gozar de presunção de verdade o que fora narrado pelo autor na inicial. Contudo, dita presunção não é absoluta, pois o contrário pode resultar da convicção do juiz. Ainda, vale mencionar que a Lei nº 13.994/2020 alterou a Lei do JEC (Lei nº 9.099/1995) de forma a admitir a realização de audiência de conciliação remota. Por mais que a justificativa do PL 1679/2019 (que promoveu referida alteração) foque na eficiência do judiciário, é possível afirmar que também possui o condão de, em algum grau, amenizar os efeitos deletérios das ações coordenadas abusivas.

A rigidez do conceito de interesse, tradicionalmente referenciado como “jurídico”, é insuficiente frente aos contornos modernos do processo civil e diversidade de relações jurídicas contemporâneas, multifacetadas e que não se coadunam com as premissas tradicionais e privatistas do conceito de lide.

Neste modelo de crise de direito material, os litigantes, principalmente o autor, dispõem de poder excessivo na conformação subjetiva do processo, de forma que resta ao juiz pouca ou nenhuma autonomia neste sentido, salvo raras exceções ou sob a condição de anuência daquele convocado.

O *amicus curiae* e seu interesse institucional são indicativos das possibilidades de ampliação do debate que a relativização dos critérios e requisitos exigidos para o ingresso e contribuição na resolução de uma controvérsia é capaz de ofertar, bem como da necessidade de revisitação dos fundamentos do sistema de participação no processo civil brasileiro a fim de torná-lo mais democrático e alinhado com o interesse público.

Igualmente indicativo das benesses decorrentes de uma relativização de condições estáticas e presumidamente imutáveis é o conceito de *legitimatío ad actum*, apto a referendar a prática de uma gama de atos e procedimentos ao longo do processo no exercício do contraditório e em busca de uma tutela jurisdicional útil ao litigante.

Os temas sobre os quais o presente trabalho se propõe a refletir possuem enorme repercussão na própria estrutura do processo civil, de maneira que nos parece que eventuais reformas não poderão se limitar a formular propostas pontuais e imediatas sob o risco de se criar incongruências e assimetrias dentro do ordenamento, resultando em soluções potencialmente inaptas a produzirem os efeitos aos quais se propõem.

8. REFERÊNCIAS.

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Rio de Janeiro, nº 1, 2009.
- CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e financiamento por terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- DIDIER JR., Fredie. Comentários ao Título Único do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- ERICHSON, Howard M. Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits. *Duke LJ*, v. 50, 2000, p. 381-471.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service//usrep/usrep404/usrep404508/usrep404508.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Eastern Railroad Presidents Conference et. Al v. Noerr Motor Freight Inc., 365 U.S. 127 (1961). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service//usrep/usrep365/usrep365127/usrep365127.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965). Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service//usrep/usrep381/usrep381657/usrep381657.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- LAMY, Eduardo. RESCHKE, Pedro Henrique. Comentários ao Capítulo II, Seção do Código de Processo Civil de 2015 In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. (coord.) *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 842, dez. 2005.
- SOARES, Carlos Henrique. Abuso do direito processual no novo Código de Processo Civil. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, nº 97, set-out 2015, p. 177-199.
- TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro* In MOREIRA, José Carlos Barbosa. MEDÉZ, Francisco Ramos. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume 1*. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TORRES, Amanda Lobão. A cooperação processual no novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro - Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Resenha

A Teoria Geral do Processo de Fredie Didier Jr., a Lógica Jurídica e a Epistemologia

Fredie Didier Jr.'s General Procedure Theory, Epistemology, and Legal Logic.

Wagner Teles de Oliveira

Professor do Departamento de Ciências Humanas e Filosofia
da Universidade Estadual de Feira de Santana.

Resumo: Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida, de Fredie Didier Jr. explora questões que dizem respeito à possibilidade de construção de uma teoria geral do processo. Essa exploração é orientada por uma rigorosa análise a respeito de como os conceitos de uma tal teoria são concebidos, como se estruturam e como funcionam. A teoria do conhecimento em que se baseia essa análise abre caminho para pensar as razões que tornam uma teoria geral do processo necessária, pois imprescindível à compreensão da experiência jurídica. Trata-se de passar essa exploração em revista, com atenção especial às suas relações com a lógica jurídica e a epistemologia, fazendo ver alguns dos desdobramentos de uma teoria do conhecimento do direito entendida como situada entre a filosofia da cultura e a teoria analítica do direito em relação ao conceito de 'direito', das ciências do direito e da própria concepção de teoria geral do processo.

Palavras-Chave: Teoria Geral do Processo. Epistemologia. Lógica Jurídica.

Abstract: Fredie Didier Jr.'s Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida explores the possible

development of a general procedure theory. Such exploration is guided by a rigorous analysis of how the concepts of this theory are constructed, how they are structured, and how they function. The theory of knowledge upon which this analysis is grounded leads the road to understand the reasons why the general procedure theory is necessary, as it is essential, to seize the legal experience phenomena. This is a review, with a close focus on its relations with the legal logic and epistemology, showing some of the consequences of a law's theory of knowledge understood as located between the philosophy of culture and the analytical theory of law in regard even to the concept of law; the law sciences, and the conception of a general procedure theory itself.

Keywords: General Procedure Theory. Epistemology. Juridical Logic.

A filosofia da ciência contemporânea não convive pacificamente com o sentimento de opacidade do mundo típico da ciência clássica, mas nem sempre a ciência se recusa a tomar posse das coisas que sobrevoa. A questão acerca das relações entre formulações teóricas e os fatos fora redefinida, assim, à medida que essa opacidade foi deixada para trás. O mundo desafiava o engenho da ciência à descoberta dá lugar a uma prática construtiva e autônoma, capaz de prover a investigação científica de um quadro de referências preciso, destinado a discernir os fenômenos nos quais devem se deter a sua observação empírica e suas formulações teóricas. O pensamento científico, com efeito, passara a ser circunscrito a um campo em que intervêm apenas fenômenos altamente elaborados, mais produzidos do que registrados pelos aparelhos da ciência.¹⁵⁵ Nesse contexto, nada mais natural que, lado a lado da questão a respeito da existência de uma realidade prévia ao pensamento científico, esteja a pergunta acerca do quanto formulações teóricas e investigações empíricas estariam na dependência de escolhas filosóficas. A resposta a essa pergunta define os compromissos epistemológicos ínsitos a uma filosofia da ciência, qualquer que seja.

A epistemologia de Hegel tratará de enfatizar o papel das definições e escolhas filosóficas, pois se instala na recusa à definição do objeto previamente à sua investigação. Na contramão do que virá a ser a perspectiva positivista, uma epistemologia hegeliana se encarrega então de fazer ver a insuficiência da verificação da correspondência entre a representação e a coisa, apontando o quanto deve prevalecer a descoberta da necessidade desta última. A procura pelo que corresponde ao conceito, desse modo, só passa a ter sentido depois de definido o seu conteúdo necessário. Longe de ser o caso de moldar a realidade por meio de uma roupagem conceitual arbitrária, trata-se de entender que os fenômenos são constituídos a partir de categorias e de forças reais que se furtam à verificação imediata ou, mais basicamente, que a representação não é a medida nem o critério do conceito.¹⁵⁶ É o que abre caminho para a autonomia definidora do que seja

155 Merleau-Ponty, Maurice. *O Olho e o Espírito*. (São Paulo: Cosac & Naify, 2004), p. 13.

156 Hegel, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. (São Paulo: Martins Fontes, 1997), p. 3.

conceitual, sem a qual não seria possível uma definição de ‘homem’ no direito romano, porque não poderia se estender ao escravo, cuja existência constituiria uma ofensa a uma tal definição conceitual; pelas mesmas razões, não seria possível elaborar a definição da propriedade e do proprietário.¹⁵⁷ Identifica-se, assim, a ciência com a teoria do conhecimento, a ponto de a descrição da realidade pretendida pelo positivismo, dessa perspectiva, não fazer sentido em razão de a verificabilidade relevar-se insuficiente. Afinal, a identificação entre a ciência e a teoria do conhecimento teria como consequência compreender que a comprovação de uma teoria por sua verificação empírica não pode prescindir do estabelecimento da necessidade de cada fato no contexto do real, de maneira a fixar previamente o tipo de experiência que ele comporta.¹⁵⁸

O pensamento de Marx está filiado à orientação metodológica que resulta dessa epistemologia.¹⁵⁹ É o que o habilita a pronunciar-se sobre o quanto a lei da oferta e da procura bastaria para explicar a origem da equiparação de preço para cada tipo de mercadoria, mas pouco ou nada serve para esclarecer por quais razões o preço deve fixar-se nesse ou naquele patamar, muito menos por quanto tempo.¹⁶⁰ A lei, com efeito, deve traduzir a aparência de realidades mais profundas, não a causa da fixação dos preços, do contrário ela seria baseada na imposição irracional do fato a ser constatado pela observação. Por isso, a lógica de Marx subordina o conhecimento das ideologias ao conhecimento do objeto, recusando que ele seja definido previamente à investigação científica, como se ele já estivesse dado. Num polo inteiramente oposto a esse, encontra-se a epistemologia de Comte, fundada na pretensão de apreender a doutrina da ciência a partir de teorias isoladas de seus objetos, o que deve ser possível à medida que elas são concebidas como inteiramente autônomas em relação aos fatos que pretendem explicar.

As filosofias contemporâneas da ciência, cada uma à sua maneira, trataram de responder a questão acerca da relação entre teorias e fatos. A diversidade das respostas não lhes retira a característica comum de se moverem no interior do problema epistemológico desenhado pelo positivismo, cujo projeto de ciência dispõe as teorias científicas, umas mais próximas, outras mais distantes, da realidade que pretendem abarcar, mas todas em pé de igualdade enquanto fatos do discurso.¹⁶¹ É ínsito a um tal projeto de ciência, além da independência entre a teoria e o real, com o qual ela mantém relações de verdade e falsidade, uma certa forma de entender o conhecimento científico.¹⁶² Trata-se de compreendê-lo como não mais do que visando uma realidade inacess-

157 Hegel, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 2.

158 Giannotti, José Artur. *Origens da Dialética do Trabalho*. (Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010), p. 40.

159 Marx, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. (São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008), p. 258-259.

160 Cf. Giannotti, José Artur. *Origens da Dialética do Trabalho*, p. 41.

161 Comte, Auguste. *La Science Sociale*. (Paris: Éditions Gallimard, 1972 [2001]), p. 96.

162 Giannotti, José Artur. *Origens da Dialética do Trabalho*, p. 39.

sível, e explicada à medida mesma do trabalho realizado pela totalidade teórica. Dessa forma, uma doutrina científica substituiria a outra em virtude de se mostrar capaz de explicar o real de forma mais rigorosa, geral e eficaz; aquele mesmo real com o qual mantém relações de verdade e falsidade, muito embora preservado como indiferente aos golpes de vista da teoria. Afinal, cada passo em direção ao objeto de investigação reitera a sua condição de dado prévio à teoria, que se destina a descortiná-lo.

A formulação da relação entre teoria e fatos, do ponto de vista da filosofia da ciência de Popper, desde a sua gênese, confunde facilmente os limites entre a prática da ciência e a teoria do conhecimento.¹⁶³ Uma vez posta a questão do ponto de vista de uma teoria do conhecimento, toda a problemática daquela relação passa a ser encarada como não mais nem menos do que a simples relação entre enunciados básicos da ciência e experiências perceptivas. Nada mais natural que se reconheça uma estreita conexão entre enunciados básicos e experiências perceptivas. E Popper está mesmo disposto a admitir a independência dos fatos em que se funda a afirmação dessa conexão. No entanto, ela resulta em tanta obscuridade quanto aquela que Popper admitirá ser típica da indiscernibilidade entre a prática da ciência e a teoria do conhecimento, pois não é possível justificar enunciados logicamente senão por meio enunciados.

O cientista não atua à maneira de uma divindade criadora, como se pudesse trabalhar *ex nihilo* e fosse ao campo de observação desprovido de qualquer referência. As teorias são redes voltadas à captura daquilo que denominamos “o mundo”, mas a experiência perceptiva não é exatamente a fonte da objetividade da ciência. À medida que as ciências empíricas compreendem um sistema de enunciados, a objetividade pode consistir na possibilidade de justificação mediante a submissão intersubjetiva a testes.¹⁶⁴ A rejeição ou aceitação de um enunciado não pode então ser definida como se fosse o saldo do acerto de contas entre a base da teoria e os fatos, pois se trata de uma decisão, ela própria, orientada por considerações teóricas.¹⁶⁵ Por essa razão, Popper está em condições de dizer que, ao contrário do que sonha o empirista ingênuo, não ascendemos à ciência a partir da reunião e acomodação de nossas experiências.¹⁶⁶

O trabalho de experimentação é, ele mesmo, de natureza teórica. Afinal, um sistema conceitual define, para nós, aquilo a ser considerado “a experiência”, o que impede que a objetividade seja refém do capricho pessoal do cientista. E é exatamente o que se passaria, caso a concordância quanto à aceitação ou rejeição de enunciados científicos estivesse na dependência de dados da percepção. Não havendo problemas significativos fora do campo da ciência empírica positiva, como quer o empirismo lógico, então a metodologia científica não pode passar do estudo do comportamento dos cientistas. Com isso, a prática da ciência assimila e anula a teoria do conhecimento, decretan-

163 Popper, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*. (São Paulo: Cultrix, 2008), p. 45.

164 Popper, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*, p. 46.

165 *Ibid.*, p. 112.

166 *Ibid.*, p. 113.

do a impossibilidade de uma interpretação da experiência em termos de método da ciência.¹⁶⁷ Afinal, a teoria do conhecimento é “uma teoria daquilo que usualmente é chamado ‘experiência’”.¹⁶⁸ Mais do que afirmar que a teoria define os contornos da experiência, Popper pretende, com isso, que a teoria do conhecimento deslinde a lógica que preside a prática da ciência.

O plano geral das formulações de Fredie Didier Jr. em *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida* é, em alguma medida, tributário da filosofia da ciência de Popper. A definição popperiana de ciência é tomada de empréstimo, para aplicar à ciência do direito a ideia de que há conceitos dotados de universalidade e conceitos particulares.¹⁶⁹ A dificuldade a ser contornada, nesse caso, diz respeito à possibilidade de qualquer teoria jurídica de aplicabilidade geral, pois a regionalidade típica dos ordenamentos jurídicos colidiria com a universalidade de uma teoria dessa natureza. Dessa forma, Didier não está a desconsiderar a dificuldade ou mesmo a inutilidade de uma teoria que sirva a diversos ordenamentos jurídicos em razão de o direito ser um “produto cultural”.

Ao contrário, o fato de o objeto das teorias jurídicas estar sujeito às contingências do tempo e da cultura justifica a necessidade de discernir entre conceitos jurídico-positivos, cuja aplicação se restringe a uma determinada realidade jurídica, e conceitos jurídicos fundamentais, de aplicação universal por não terem a sua origem situada nessa ou naquela realidade jurídica.¹⁷⁰ Pelo menos à primeira vista, para Didier, a compreensão do fenômeno jurídico não pode prescindir dessa distinção, pelas mesmas razões que, para Popper, o papel que a observação presta à ciência está na dependência do aparelho teórico que a põe na condição de experimento científico. Com efeito, caso desprovida dos conteúdos particulares da experiência, uma teoria jurídica estaria sujeita a ser etérea demais para ser aplicável; se destituída de conceitos capazes de determinar a experiência, faltar-lhe-ia uma orientação sem a qual os fenômenos jurídicos careceriam de inteligibilidade. Nesse sentido, a aplicabilidade geral de uma teoria não colidiria com as particularidades de ordenamentos jurídicos específicos, com independência do significado de “geral”.¹⁷¹

167 *Ibid.*, p. 54.

168 *Ibid.*, p. 41.

169 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. (Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 51).

170 Cf. Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 51-56.

171 Em *Distinguendo: estudios de teoria y metateoria del derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1999), Riccardo Guastini apresenta três sentidos de “geral”, tendo como pano de fundo a distinção entre o que compreende ser a filosofia do direito dos filósofos e a filosofia do direito dos juristas. Os filósofos da primeira categoria “no están interesados en absoluto en los conceptos ‘internos’ de la experiencia jurídica, esto es, en los conceptos empleados por los juristas en la interpretación o en la sistematización de las normas jurídicas.” (p. 18) Guastini apresenta como ilustração de tal categoria de filósofos Kant e Hegel. (p. 17) A palavra de autoridade de Bobbio e toda a sua força retórica, empregadas por Guastini, porém, não nos parecem suficientes para fazer desconsiderar o testemunho da história da filosofia no que diz respeito à relação entre o pensamento filosófico e o direito. É

Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida, de Fredie Didier Jr., estabelece uma teoria do conhecimento do direito em torno da qual orbita. Trata-se de uma teoria daquilo que pode ser chamado de “experiência jurídica”. Não é por outra razão que a lógica presta um papel em suas formulações à maneira do lugar que ocupa na elaboração do ideal de ciência da filosofia de Karl Popper. Com isso, é importante advertir, não se trata, aqui, de lançar mão do conhecido recurso às influências por meio do qual se pretende reduzir as ideias de um autor ao que porventura tenha já sido pronunciado por outras obras de pensamento à sua volta.¹⁷² Até porque se mobiliza aspectos da filosofia da ciência de Popper, a perspectiva de Didier está igualmente comprometida com aspectos teóricos refratários ao que Popper postulava. Parece ser bem esse o caso, por exemplo, da distinção feita por Kelsen entre normas (*Rechtsnorm*) e proposições jurídicas (*Rechtssatz*), à qual Didier pretende ter filiado o seu pensamento.

Enquanto resultado de instâncias dotadas de competência para formulá-las, as normas jurídicas têm, segundo Kelsen, o caráter de mandamentos, “como tais, comandos, imperativos”, permissões e atribuições de poder ou competência, não sendo possível, portanto, que sejam compreendidas como “enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento”, pois não são juízos.¹⁷³ Por outro lado, uma vez que consistem nos enunciados empregados pela ciência jurídica para descrever as relações entre as normas e os fatos, aos quais elas se aplicam, as proposições jurídicas constituem conteúdos aos quais se pode atribuir um valor de verdade. Ou melhor, nas palavras do próprio Kelsen, um enunciado é elaborado “para poder tornar-se julgado como verdadeiro ou falso.”¹⁷⁴ Ao passo que a verdade é uma propriedade dos enunciados, a validade é a própria existência da norma, não uma de suas notas características. Por essa razão, a verificabilidade passa a ser, para ele, o critério último para discernir norma de enunciado.¹⁷⁵

Tendo como ponto de partida essa distinção conceitual traçada por Kelsen, Didier dirá que “a linguagem do Direito não se confunde” com “a linguagem da Ciência do Direito”, sendo também à luz de tal distinção conceitual que ele traça a diferença en-

verdade que as obras de Kant e Hegel, por exemplo, não se interessam pela sistematização das normas jurídicas como um prático se interessaria, mas disso não se depreende que não estejam voltadas para questões da ordem do dia do direito, não constituindo, por isso mesmo, teorias que se pretendem mecanicamente aplicáveis ao direito, como pretende Guastini. (p. 17) Que dizer, para ficar num exemplo apenas, da crítica de Hegel, em *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, à tese de Beccaria sobre a pena de morte, ou do pronunciamento de Kant, em *Metaphysik der Sitten*, a esse mesmo respeito? Seja como for, o mais importante sobre tais obras é que, com independência do interesse delas pela sistematização de normas ou pela interpretação dos conceitos empregados pelos juristas, quem quer que esteja interessado nisso deveria interessar-se por elas e é bem esse o caso de Guastini.

172 Como afirma Pierre Clastres, “nada mais ambíguo do que a obstinação erudita em reduzir um pensamento ao que se proclama à sua volta, nada mais obscurantista que essa vontade de destruir a autonomia do pensamento com o triste recurso das ‘influências’” (Pierre, Clastres. “Liberdade, mau encontro, inominável”. La Boétie, Étienne. *Discurso da Servidão Voluntária* (São Paulo: Brasiliense, 1982), p. 12.

173 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito* (São Paulo: Martins Fontes, 1998), p. 51.

174 Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986), p. 216.

175 Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*, p. 227.

tre “Teoria Geral do Direito” e “Parte Geral”, compreendendo esta como o conjunto de “enunciados normativos” e aquela como pertencente “ao gênero dos ‘enunciados doutrinários’”.¹⁷⁶ A teoria geral do processo, por sua vez, deve distinguir-se, por essa perspectiva, da teoria geral do direito por cuidar da elaboração, organização e articulação de conceitos jurídicos sem os quais não seria possível compreender o fenômeno processual, sendo sobretudo por essa razão definida como “uma disciplina filosófica” de natureza epistemológica.¹⁷⁷ Essas distinções e definições conceituais, todas elas, devem reportar-se à distinção entre conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos, de sorte que, mais importante do que tal distinção é a concepção de teoria geral que ela possibilita e à qual ela se submete.

Kelsen não pode admitir que as normas jurídicas sejam enunciados, pois elas não podem ter caráter hipotético, à maneira das proposições jurídicas. Essa recusa, como sabemos, tem centralidade não apenas na economia da sua teoria pura, mas também na aplicabilidade da lógica ao direito, como bem testemunha seu debate epistolar com Ulrich Klug.¹⁷⁸ A distinção entre a linguagem do direito e a linguagem da ciência do direito não tem menos centralidade em *Sobre a Teoria Geral do Processo*. O seu autor, no entanto, refere-se à distinção entre proposição e norma jurídica, feita por Kelsen, batizando-a com novos termos, “enunciado doutrinário” e “enunciado normativo”, o que, à primeira vista, depõe contra o rigor conceitual que aplica à leitura de outros autores. Sabedor dos motivos que engendram e justificam as preferências conceituais de Kelsen, a distinção conceitual de Didier, que aparentemente os desconsidera, ilustra o que o seu pensamento se dispõe a fazer com as obras com as quais entra em contato. Não se trata, portanto, de Popper ou Kelsen, mas de Didier.

A definição do direito como “produto cultural composto por linguagem” é fundamental à teoria do conhecimento à qual *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida* subordina a teoria geral do processo. Por essa razão, embora muito interesse a Didier a lógica do direito, importa mais que ela seja aplicada a todos os seus ramos, o que só é possível se tudo o que puder ser dito for reduzido à condição de enunciado. Com isso, seu pensamento passa a estar em condições de lançar luz sobre a diferença entre a função do conhecimento jurídico e a função da autoridade jurídica, coordenando-a em relação à distinção traçada entre aqueles dois tipos de enunciados, que ele reputa ter sido ignorada pela teoria geral do processo.¹⁷⁹

Caso as funções do conhecimento e da autoridade jurídica fossem indiscerníveis, então seria impossível distinguir o direito da ciência que o toma como objeto, e a experiência jurídica não seria inteligível. A confusão entre essas duas funções teria como efeito deixar a compreensão normativa desprovida da orientação teórica que somente

176 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 73.

177 *Ibid.*, p. 79.

178 Klug, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica* (Rio de Janeiro: Forense, 1984), p. 35

179 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 73.

a malha conceitual produzida pela ciência é capaz de proporcionar, tornando uma tal ciência impossível, pois indiscernível do seu próprio objeto. Uma vez distinguidas as funções, preserva-se a separação entre o que é produto da atividade científica daquilo que é produto da autoridade legislativa, entre a teoria e a norma jurídica. Com isso, o caráter regional da norma jurídica, provocado pelo seu pertencimento a uma ordem jurídica determinada, não pode ser considerado um obstáculo à pretensão de universalidade da teoria. E é exatamente esse o resultado visado por Didier, para quem a teoria geral do processo é um excerto da teoria geral do direito, sendo, nessa medida, uma disciplina *filosófica de natureza epistemológica*.¹⁸⁰ Como sempre há um preço a pagar, a capacidade explicativa de uma teoria geral, qualquer que seja ela, é reduzida em relação a teorias particulares voltadas à compreensão de fenômenos jurídicos pertencentes a uma ordem jurídica determinada. Isso, no entanto, não destitui a teoria da capacidade de orientar a compreensão dos fenômenos que caem sob o seu domínio.

Não é nova nem incomum, no pensamento jurídico brasileiro, a alegação de peculiaridades de textos normativos como razão para recusar a possibilidade de uma teoria geral do processo. Vidigal, por exemplo, em texto escrito há 40 anos, contra a tendência de “unificação do direito processual”, atribuída por ele a Carnelutti, já apelava para a existência de códigos processuais distintos, um civil e outro penal, para concluir não haver outra alternativa senão estudá-los separadamente em disciplinas autônomas.¹⁸¹ Como sabemos, está longe de ser um ponto pacífico que a obra de Carnelutti tenha pretendido a “unificação do direito processual” ou que o intercâmbio entre esses dois distintos ramos, defendido por ele, envolva ou implique destituí-los da condição de diferentes ramos do direito processual. Mais importante, porém, do que pôr essa interpretação contra a parede, o que extraviaria o propósito deste texto por conduzi-lo a se pronunciar sobre questões tão polêmicas quanto difíceis, é ter em conta as razões por que a concepção de teoria geral do processo, elaborada por Didier, mostra-se capaz de neutralizar esse tipo de objeção, sem que seja preciso enfrentá-la diretamente, mas também sem se esquivar.

A ciência do direito deve diferenciar-se do direito na exata medida em que os enunciados de que se constituem são de natureza diversa. A diferenciação entre as funções de conhecimento e de autoridade jurídica é, nesse mesmo sentido, orientada pela distinção entre os enunciados provenientes do exercício de cada uma dessas funções. Trata-se, portanto, de modalidades diferentes de linguagem. De um lado, um sistema de enunciados resultante da atividade da autoridade jurídica; de outro, um sistema de enunciados produzido pela atividade científica. Nada mais natural então do que evitar confundir o produto da ciência com o resultado da autoridade jurídica, pois, a partir disso, passa-se a compreender como tendo conteúdo normativo “aquilo que é pressu-

180 *Ibid.*, p. 79.

181 Vidigal, Luis Eulário de Bueno. Por que unificar o direito processual? *Revista de Processo* (São Paulo, n. 27, p. 40-48, 1982), p. 48.

posto teórico para a compreensão dos textos normativos.”¹⁸² As objeções a uma teoria geral, com efeito, baseadas na sua pretensão de universalidade, por essa perspectiva, estariam, quando menos, a um passo de confundir, para dizer o mínimo, o que é próprio da autoridade jurídica com o que é típico do conhecimento jurídico. Não é necessário, assim, enfrentá-las diretamente, pois à medida que é posta em exercício a definição do direito como linguagem, a confusão em que elas se originam é esclarecida.

A teoria geral do processo, tal como pensada por Didier, estabelece-se a partir da definição do direito como linguagem. Tudo se passa como se estivesse em exercício a concepção de direito característica da filosofia analítica do direito, segundo a qual a dogmática é uma metalinguagem cujo objeto é a linguagem do legislador.¹⁸³ Com independência disso, quando menos, duas questões fundamentais são suscitadas por essa definição do direito. Nenhuma das duas a põe em xeque. A primeira delas diz respeito às relações entre o direito e a lógica, ao tempo que a outra questão versa sobre ser possível conceber a existência de normas jurídicas na ausência de uma linguagem. Esta questão põe em jogo a possibilidade de existência do direito sem formulação linguística. Mesmo um Schreiber, cuja obra é imprescindível ao estabelecimento da lógica jurídica, estaria pronto a negar uma tal possibilidade. No entanto, mais importante do que isso é saber se seria possível admitir a existência de prescrições jurídicas que não estejam submetidas à formulação linguística. Afinal, uma bem sucedida formulação linguística das normas seria essencial à regulação jurídica que elas exercem.¹⁸⁴ Pode-se muito bem imaginar, como o faz Schreiber, uma tribo primitiva cuja vida social fosse governada por tradições não fixadas linguisticamente. Entretanto, ao menos o direito moderno é fundamentalmente um fenômeno linguístico, pois não é mais nem menos do que o discurso das autoridades normativas.¹⁸⁵ O direito vincula-se assim ao problema da linguagem, sujeitando-se, portanto, aos limites de sua capacidade de expressão, de tal forma que “o conhecimento do problema do direito sempre tem como condição prévia o conhecimento do problema da linguagem”.¹⁸⁶

A definição do direito como uma modalidade de discurso abre caminho para pensar a sua redutibilidade à lógica, o que faria o direito experimentar a delimitação do seu campo de aplicação à margem de manobra deixada por regras inferenciais e leis lógicas, do que resultaria reduzi-lo a um cálculo lógico especial. Rígida e inadaptável a diferentes situações, a norma passaria assim a ser aquela mesmo que Franz Kafka imaginara em sua célebre novela “Na Colônia Penal”. Há, porém, mais de um caminho que conduz à recusa dessa redução, cujo debate remonta à fundação da lógica jurídica. Kelsen, por exemplo, não pode admitir o emprego de computadores na aplicação do

182 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 74.

183 Guastini, Ricardo. *Teoría Analítica del Derecho*. (Lima: Zela Grupo Editorial, 2017), p. 76.

184 Schreiber, Rupert. *Logik des Rechts*. (Berlin: Springer, 1962), p. 6.

185 Guastini, Ricardo. *La Sintaxis del Derecho*. (Madrid: Marcial Pons, 2016), p. 41.

186 Schreiber, Rupert. *Logik des Rechts*, p. 6.

direito, ao tempo que, aos olhos de Klug, esse é um caso bem sucedido de subordinação de normas jurídicas às leis lógicas. Com muito entusiasmo, Klug caracterizará essa modalidade de uso da lógica como “aplicação mecânica do direito” possibilitada pela subsunção da norma à forma linguística; Kelsen trata de combatê-la por compreender a norma como o significado de um ato de vontade, o qual, é bem verdade, na medida em que se dirige à conduta humana, seria expresso linguisticamente, mas não poderia por isso ser compreendido como mero efeito de uma aplicação mecânica da lógica.¹⁸⁷ Guastini, por sua vez, não admite a redução do direito à lógica na medida em que reputa à interpretação e à construção jurídicas o caráter de política do direito.¹⁸⁸ Com efeito, à maneira de um músico a executar uma peça musical, a ciência jurídica modelaria e enriqueceria seu objeto de investigação continuamente, o que quer dizer que não se detém na relação de espelhamento entre linguagem objeto e metalinguagem.

Embora reconheça que princípios lógicos são aplicáveis à ciência jurídica, Didier não está disposto a reduzir a teoria geral do direito ou mesmo o direito à lógica. Se Kelsen reputa ser impossível a aplicação da lógica ao exercício das normas jurídicas por entender que elas não consistem em afirmações ou expressão do pensamento¹⁸⁹, não é pela mesma razão que Didier rejeita subscrever essa redução. Para Didier, os princípios e regras de inferência lógica aplicam-se à ciência jurídica exatamente porque é ela própria expressão do pensamento.¹⁹⁰ Os conceitos jurídicos fundamentais, dos quais a teoria geral do direito se ocupa, não se confundem, contudo, com os conceitos lógico-jurídicos, não podendo a formalização de uma tal teoria ser lógica, mas apenas conceitual. A lógica não deixa, assim, de ser fundamental, no entanto a principal razão para recusar reduzir a teoria geral do direito ao seu domínio diz muito mais sobre a definição do que seja o direito aos olhos de Didier do que propriamente sobre a relevância ou o lugar da lógica em formulações jurídicas para ele. O direito, diz o autor de *Sobre a Teoria Geral do Processo*, “é um produto cultural composto por linguagem”.¹⁹¹ Toda a ênfase aqui deve recair sobre “produto cultural”, pois o direito é linguagem somente à medida que o discurso é expressão de uma cultura. Ao que parece, é essa ênfase que permite conceber a ciência jurídica como não restrita a elementos linguísticos, devendo uma tal ciência incluir alguma medida de realidade à sua atividade.¹⁹² Com isso, a interpretação do direito não coincidiria com uma descrição do direito, tampouco poderia restringir-se à reconstrução do sentido de enunciados normativos.

Contra toda a aparência, não se trata de compreender haver uma realidade à parte e pronta a surpreender as formulações científicas do direito, mas de evitar conceber

187 Klug, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*, p. 91.

188 Guastini, Ricardo. *Teoría Analítica del Derecho*, p. 76.

189 Klug, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*, p. 34.

190 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 63.

191 *Ibid.*, p. 73.

192 *Ibid.*, p. 72.

o direito como algo dado previamente, sem, no entanto, deixar de admitir que há um algo prévio a determinar a experiência jurídica. Não é o caso, portanto, de acreditar, à maneira dos práticos, que, ao levar em conta situações reais, as decisões jurídicas seriam constituídas em abandono das leis lógicas e da rede conceitual da ciência do direito.¹⁹³ A maneira como Didier entende os conceitos jurídicos fundamentais é uma clara ilustração disso. Os conceitos fundamentais, dos quais depende a compreensão dos fenômenos jurídicos, para ele, são construídos a partir da observação desses mesmos fenômenos.¹⁹⁴ São conceitos *a priori*, mais produzidos do que observados pela técnica da ciência jurídica, sendo, por isso, instrumentos da atividade científica, não seu resultado.¹⁹⁵ Esses conceitos, desse modo, não obedecem a nenhuma realidade jurídica específica, como também não pertencem a um dos ramos do direito. A dificuldade, agora, é compreender como conceitos que têm origem na experiência, sendo toda experiência uma experiência determinada, podem funcionar à maneira de conceitos não derivados dela, o que não seria possível a menos que preservassem uma certa independência da experiência.

Em grande medida, trata-se de pensar a universalidade conceitual sem apelar para conceitos *a priori* dotados de pureza ou dados previamente. Nesse caso, a questão passa a ser como os conceitos, sendo provenientes da experiência, podem ser fonte de determinação de um sistema jurídico que, como tal, condicionaria a maneira como encaramos os fatos, a própria experiência jurídica. Não é senão essa a questão em torno da qual *Sobre a Teoria Geral do Processo*, de Didier, orbita, sendo por essa razão que o conjunto de questões de que trata se volta às condições de possibilidade de uma Teoria Geral do Processo, ainda que de uma maneira muito singular.

A possibilidade de uma teoria geral do processo, como sabemos, não é um ponto pacífico. No entanto, é mais ou menos pacífico que uma teoria geral do processo diga respeito a conceitos fundamentais do direito processual. A título de ilustração, Dinamarca compreende ser ainda incipiente a questão da legitimidade científica de uma tal teoria.¹⁹⁶ Isso, porém, não o impede de defini-la como um “sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”, perfazendo a integração das particularidades de cada um desses diversos ramos num só quadro.¹⁹⁷ *Sobre a Teoria Geral do Processo*, de Didier, mostra-se apta a dizer que os efeitos dessa integração servem ao propósito de compreender os “processos legislativo, administrativo, jurisdicional (civil, penal ou trabalhista) e negocial”, muito embora sua concepção de teoria

193 Schreiber, Rupert. *Logik des Rechts*, p. 1.

194 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 55.

195 *Ibid.*, p. 70.

196 Dinamarca, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. (São Paulo: Malheiros Editores, 2019), p. 67.

197 Dinamarca, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 68.

geral do processo não coincida com a de Dinamarca.¹⁹⁸ E se as coisas se passam assim, é porque Didier a compreende como “metalinguagem doutrinária” que constitui “uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais.¹⁹⁹

Se não há consenso sobre a possibilidade da construção de uma teoria geral do processo, tampouco é ponto pacífico quais seriam seus conceitos fundamentais. A história do direito processual caracteriza-se pela variação de quais seriam esses conceitos.²⁰⁰ Em sendo assim, ao passo que, ao longo da idade média, a noção de ‘juízo’ ascende ao primeiro plano; no direito romano, a *litiscontestatio* foi, por um longo período, a pedra angular do processo, sendo somente a partir de Bülow que o conceito de ‘processo’ teria passado a ter centralidade, mas a alternância não para por aí. Wach e Goldschmidt, a despeito de suas profundas diferenças, reputam ser a ‘coisa julgada’ o conceito fundamental do direito processual.²⁰¹ Segundo essa maneira de contar a história, a obra de Carnelutti põe em relevo as concepções de negócio e de controvérsia, enquanto Guasp concentra-se na ideia de pretensão; Couture estabelece como fundamentais os conceitos de ‘ação’, ‘processo’ e ‘sentença’, já Calamandrei, seguindo o caminho pavimentado por Chiovenda, compreende haver uma espécie de trilogia estrutural do processo, composta pelos seus mais básicos conceitos: ‘ação’, ‘jurisdição’ e ‘processo’.²⁰²

Há quase tanta divergência sobre a teoria geral do processo quanto se escreveu a respeito. Fredie Didier Jr. não se exime de se pronunciar sobre questões disputáveis, mas adota uma estratégia peculiar, em especial, quando se trata da pergunta pela possibilidade de uma teoria geral do processo. É verdade que o estilo intencionalmente lapidar, que Radbruch reputara típico do direito, é um instrumento sem o qual, por certo, uma tal estratégia não lograria sucesso. Mas é verdade também que ela consiste, no essencial, em recorrer aos resultados da ciência processual como um dado disponível. Não se trata de incorrer no contrassenso de pressupor exatamente aquilo que está em questão, partindo do fato da teoria, para elaborar *post festum* a pergunta sobre sua possibilidade.²⁰³ Aquilo que a estratégia argumentativa de Didier tem de mais peculiar consiste no recurso ao saber já dado, e o que ela tem de radical relaciona-se diretamente com o quanto se mostra capaz de tornar inteligível uma teoria geral do processo mais do que de municiar a sua defesa. Com efeito, a teoria do conhecimento

198 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 193.

199 *Ibid.*, p. 73.

200 Alcalá-Zamora, Niceto. *Derecho procesal penal*. (Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945), p. 588.

201 Alcalá-Zamora, Niceto. *Derecho procesal penal*, p. 588.

202 *Ibid.*, p. 589-590.

203 Num capítulo importante das *Meditações Cartesianas*, Edmund Husserl censurará Kant por interrogar-se sobre a possibilidade do conhecimento tendo como ponto de partida as ciências positivas como um dado, de tal sorte que a pergunta kantiana pela possibilidade, do ponto de vista da fenomenologia de Husserl, pressuporia o conhecimento.

da qual suas formulações teóricas são tributárias está em sintonia muito mais com a filosofia crítica de Kant do que com o espírito radical do cartesianismo, orientado pela pergunta acerca da possibilidade do conhecimento, o que não as impede de preservar traço tipicamente cartesiano que diz respeito à fundamentação da ciência.

Na introdução da *Crítica da Razão Pura*, Kant ocupou-se, dentre outras questões, da formulação do problema geral da razão. Segundo ele, a solução do problema inclui a pergunta acerca da possibilidade das ciências cujo desenvolvimento e fundamentação estariam na dependência do uso puro da razão. É este o caso da física e da matemática puras. Uma vez que essas ciências são efetivamente dadas, a dúvida sobre a sua possibilidade não tem razão, sendo adequada a pergunta a respeito de *como* elas são possíveis.²⁰⁴ Caso não fossem ciências realmente dadas, então seria adequado perguntar-se se elas são possíveis. É exatamente nesse sentido que as formulações de Didier estão em sintonia com a filosofia crítica de Kant. Afinal, o exame da teoria geral do processo, feito por ele, tem em seu horizonte aquilo que acompanha a interrogação a respeito da possibilidade de uma teoria geral do processo. Trata-se de uma teoria “cujos contornos são imprecisos e a própria existência, incerta”, mas que, não obstante, é “ensinada e, ao mesmo tempo, incisivamente criticada”²⁰⁵ Dessa forma, Didier não precisa nem se vale de um procedimento transcendental apto a decifrar os fenômenos processuais por que capaz de lê-los de fora da experiência, como parece engenhosamente fazer Guasp, por exemplo, opondo uma experiência extrajurídica à forma de vida inventada pelo ordenamento jurídico.²⁰⁶

Além de vincular a ciência ao seu ensino, compreendendo-o guiado por ela, essa orientação faz ver ser paradoxal a dúvida sobre a existência da teoria. A formulação da questão sobre a existência da teoria, não serve senão para mostrar que ela incorre no contrassenso de pressupor aquilo que põe em dúvida. Por isso mesmo, o livro se detém em responder as perguntas derivadas da resposta positiva a essa questão: (1) em que consiste a teoria geral do processo?; (2) qual a sua abrangência e utilidade?; (3) como uma tal teoria deve ser ensinada?; (4) como se distingue de outras espécies de conhecimento jurídico sobre o processo e o direito processual? Com efeito, a maneira como responde cada uma dessas questões concilia o projeto de fundamentação do conhecimento com a pergunta pelos seus limites.

A pergunta a respeito de como é possível uma teoria geral do processo estrutura *Sobre a Teoria Geral do Processo*, traduzindo-se na questão acerca de como seus conceitos são concebidos, como se estruturam e como funcionam. A resposta a essa questão é mais bem esclarecida a contrapelo de uma perspectiva sobre a formação conceitual que pode ser reputada ao pensamento de Carnelutti, para quem é imprescindível *à adequada apreensão conceitual proporcionar a imagem do fenômeno sobre o qual*

204 Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. (Petrópolis: Vozes, 2015), p. 57.

205 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 44.

206 Guasp, Jaime. *La Pretension Procesal* (Madrid: Civitas, 1981), p. 40.

determinado conceito fora construído.²⁰⁷ O conceito, desse modo, faria referência ao fenômeno jurídico pela mediação de uma imagem correlata, de sorte que o preço a pagar pelo descolamento entre conceito e imagem seria o extravio do conceito em relação ao fenômeno. Tudo se passa então como se os conceitos tivessem uma gênese meramente empírica. E se as coisas fossem mesmo assim, então uma doutrina do direito seria, como terá dito Kant, “uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro.”²⁰⁸

A mera razão não pode ser fonte dos conceitos, nem tampouco eles podem ser inteiramente determinados pela experiência em que têm origem. A experiência jurídica, assim, presta um papel importante, mas somente na medida em que os conceitos construídos em seu domínio são dotados da capacidade de determiná-la, pois funcionam a priori. O paradoxo dessa situação e seus efeitos persistem somente até o ponto em que se deixa de considerar as ciências da cultura a partir do prolongamento da distinção kantiana entre *quid facti* e o *quid juris*. Didier, a esse respeito, faz a forma de possibilidade da teoria geral do processo depender da compreensão da passagem entre a experiência e os conceitos sobretudo por situar a sua teoria do conhecimento do direito no meio do caminho entre a teoria analítica do direito e a filosofia da cultura. Importa muito à teoria analítica a distinção entre conceitos necessários e contingentes, o que é uma clara herança do positivismo lógico. Como, para Didier, o direito é linguagem, expressão de uma cultura, então importa mais a distinção entre conceitos universais e conceitos regionais; conceitos aplicáveis irrestritamente e conceitos aplicáveis somente a uma determinada realidade jurídica. Afinal, como quer Radbruch, “o conceito de direito é um conceito cultural, isto é, duma realidade referida a valores, ou ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores.”²⁰⁹

A referência a valores culturais torna possível conciliar o caráter necessário dos conceitos com a sua abertura à possibilidade de modificação. A sistematização dos conceitos jurídicos, apresentada no primeiro Capítulo de *Sobre a Teoria Geral do Processo*, aplica essa consequência da referência a valores culturais tanto aos conceitos lógico-jurídicos quanto aos conceitos jurídico-positivos, pois se trata dos efeitos de teorias jurídicas terem como objeto “um produto cultural”.²¹⁰ É verdade que os conceitos jurídico-positivos são atravessados pela contingência da experiência particular que os constitui, mas o fato de terem uma validade determinada, circunscrita espacial e temporalmente, não lhes destitui da necessidade sem a qual não teriam a força de determinar a compreensão da realidade jurídica da qual são provenientes e à qual se destinam. Tal modalidade conceitual distingue-se dos conceitos lógico-jurídicos em virtude destes refletirem a estrutura essencial de qualquer norma jurídica, mas não em razão

207 Carnelutti, Francesco. *Metodologia del Derecho*. (Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2003), p. 72.

208 Kant, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. (Petrópolis: Vozes, 2013), p. 35.

209 Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. (Coimbra: Arménio Amado, 1997), p. 86.

210 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 51.

de não serem um produto cultural. Caracterizam-se também, mas não em igual medida, pela típica provisoriade que Didier reputa a todo o conhecimento humano.²¹¹

Como devem servir à compreensão de qualquer ordenamento jurídico, do ponto de vista de Didier, os conceitos lógico-jurídicos devem flagrar aspectos comuns a todo e qualquer ordenamento. Elaborados a partir da observação do fenômeno jurídico, esses conceitos “funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica.”²¹² Nessa medida, os conceitos lógico-jurídicos são “o pressuposto do conhecimento jurídico.”²¹³ Em sendo assim, eles não se situariam no mesmo nível dos conceitos jurídico-positivos, nos quais não se pode pretender encontrar “elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido.”²¹⁴ Nesse ponto, a pergunta que o leitor deve fazer diz respeito a em que medida os conceitos lógico-jurídicos não desfrutariam da invariabilidade que o autor nega aos conceitos jurídico-positivos, o que estaria na contramão da perspectiva segundo a qual, também eles, são um produto cultural. Afinal, é o próprio Didier quem os compreende como fundamentais à ciência jurídica por corresponderem “à estrutura essencial de toda norma jurídica”.²¹⁵

Ora, para Didier, mesmo para distinguir as duas modalidades de conceito, é imprescindível o confronto de diferentes ordenamentos jurídicos.²¹⁶ A elaboração de conceitos jurídicos fundamentais não pode então prescindir de uma comparação dos ordenamentos, não podendo assim ser feita à revelia da experiência jurídica delineada por conceitos lógico-jurídicos. Haver dois níveis no sistema conceitual significa que os conceitos são extensionalmente diferentes. Além do mais, isto quer dizer sobretudo que uma e outra modalidade conceitual devem se relacionar, cada uma à sua maneira, com a experiência. Com efeito, os conceitos fundamentais correspondem a uma estrutura essencial, mas a relação com elementos culturais impede que ela seja imune à experiência. A universalidade seria um obstáculo à sua aplicabilidade caso sua origem não remontasse a valores culturais particulares, mas, em alguma medida, compartilhados por diversos ordenamentos jurídicos. Abstratos demais para serem aplicáveis a uma dada realidade jurídica, concretos demais para permitirem a generalidade típica da abstração, os conceitos restariam inúteis em ambos os casos.

Nada mais esclarecedor disso do que um exemplo, apresentado por Didier, de um conceito lógico jurídico. Trata-se do conceito de ‘sujeito de direito’. “A partir do conceito de sujeito de direito – diz ele –, que é universal, será possível perceber que, em

211 *Ibid.*, p. 58.

212 *Ibid.*, p. 55.

213 *Ibid.*, p. 135.

214 *Ibid.*, p. 52.

215 *Ibid.*, p. 55-6.

216 *Ibid.*, p. 114.

um dado ordenamento, a mulher é sujeito de direito e, em outro, objeto de direito.”²¹⁷ Quanto à identificação de quem seja sujeito de direito, só pode ser feita com atenção a um determinado ordenamento jurídico. O sentido conferido pelo autor de *Sobre a Teoria Geral do Processo* a este exemplo explicita as razões pelas quais o conceito não poderia conter a “essência imprescindível do objeto definido”. Há uma inequívoca similaridade com o exemplo, já aludido, formulado por Hegel, em *Princípios da Filosofia do Direito*, que apresenta a compreensão do estabelecimento da necessidade do objeto como passo precedente na formulação conceitual. O contrário disso, para Hegel, implicaria tornar impossível pensar uma formulação conceitual que não encontrasse amparo na realidade. A perspectiva de Didier trata de recusar, com isso, esse tipo de exigência, segundo o qual a definição formal tem precedência em relação às representações, por entender que, sem o amparo da experiência, os conceitos não passariam de elaborações destituídas de significado.

A ordem jurídica vigente é dotada de realidade, ao contrário do que poderia supor a concepção positivista de ciência. Para Larenz, esse seria o principal efeito do reconhecimento de que o modo de ser do direito positivo é o da validade, constituída por dois elementos.²¹⁸ Um normativo, outro factual. A exigência de dever ser e a determinação efetiva dessa mesma exigência como intrínseca a um ordenamento jurídico. Por essa perspectiva, o conceito positivista de ‘realidade’ seria restrito a ponto de não abarcar a realidade jurídica; talvez por não admitir que a necessidade lógica tem uma história. Além de obedecer a determinações culturais, o que quer dizer que se submetem a conteúdos valorativos, os conceitos, aos olhos de Didier, não podem se furtar à historicidade que lhes é ínsita, o que deixa uma margem de manobra à realidade, pois a prevalência conceitual significa apenas que os fatos são compreendidos somente se já enlaçados conceitualmente, mas deixa também uma margem de liberdade aos conceitos, cuja força de determinação não pode implicar que funcionem à maneira de uma camisa de força. Podem, por isso, tornar-se obsoletos em razão de determinações culturais e históricas.²¹⁹

Sobre a Teoria Geral do Processo, todo ele, é uma derivação da distinção entre conceitos lógicos e positivos, apoiada na concepção de formação conceitual adotada pelo livro. É assim que, no segundo Capítulo, a mais importante e mais extensa parte da obra, Didier, depois de apresentar e explorar a definição da teoria geral do processo e seus usos, submete formulações teóricas de outros autores ao escrutínio da concepção segundo a qual a teoria geral do processo é uma disciplina epistemológica.²²⁰ Uma vez voltada à organização dos conceitos lógico-jurídicos processuais, a teoria geral do processo é pressuposta à elaboração de conceitos jurídico-positivos. Ora, já que constituída por conceitos lógicos, então a teoria geral do processo conserva as características

217 *Ibid.*, p. 57.

218 Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991), p. 160-1.

219 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 58.

220 *Ibid.*, p. 123.

desses conceitos, não podendo, portanto, a compreensão do fenômeno processual, qualquer que seja, prescindir dela.²²¹

No sistema de conceitos processuais, o conceito de ‘processo’, por essa perspectiva, é um conceito fundamental primário, o que quer dizer que a coerência de toda a rede conceitual seria articulada a partir dele, pois delimitador do objeto da ciência processual.²²² Trata-se de um conceito primitivo em torno do qual todos os conceitos processuais, tanto lógicos quanto jurídicos, gravitam. A centralidade desse conceito, Didier admite, poderia muito bem ser concluída de uma perspectiva axiológica. No entanto, o ponto de vista epistemológico parece ter a vantagem de compreender todo o domínio de significação do conceito de ‘processo’. O processo, assim, pode ser designado de várias formas, adquirindo um significado diferente a depender do golpe de vista. Desde que a partir da teoria da norma jurídica, pode ser entendido como método de produção de norma jurídica; se do ponto de vista da teoria do fato jurídico, como ato jurídico complexo; se da perspectiva do plano de eficácia dos fatos jurídicos, como conjunto de relações jurídicas. Cada uma dessas acepções seria relativa a uma das possibilidades de significado previstas no campo de significação do conceito de ‘processo’. Em conjunto, elas seriam capazes de determinar o que é, o que gera e para que serve o processo. Com efeito, tem-se, a partir desse procedimento epistemológico, o conceito de processo jurisdicional: “ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional”, não sendo, por isso, possível definir ‘processo jurisdicional’ sem a mediação do conceito lógico de jurisdição.²²³

A epistemologia em que consiste essa teoria geral do processo tematiza a linguagem enquanto instrumento utilizado pelos diversos domínios de conhecimento jurídico. A partir de uma rigorosa análise lógica, ela descortina a teia de relações que os conceitos mantêm tanto entre si quanto com o material trabalhado por eles. É ínsito a esse procedimento epistemológico reduzir conceitos, definindo-os uns em termos de outros mais fundamentais. O uso reiterado desse procedimento epistemológico permite a Didier elaborar as distinções mais variadas e precisas, como entre a teoria geral do processo e a ciência do direito processual, a teoria geral do processo e teorias individuais do processo, a teoria geral do processo e teorias particulares do processo, ou ainda a diferença entre a teoria geral do processo e o direito processual.²²⁴ Distinguíveis e separáveis, cada um desses domínios tem a sua discernibilidade definida linguisticamente, sendo pela mesma razão que todos eles recobrem repertórios conceituais que corresponderiam a um campo de aplicação específico, que, por sua vez, reflete um objeto definido. A utilidade da teoria geral do processo passa a ser esclarecida à luz dessas distinções conceituais que fundam a sua possibilidade e a sua legitimidade científica.

221 *Ibid.*, p. 78.

222 *Ibid.*, p. 80.

223 *Ibid.*, p. 89.

224 *Ibid.*, p. 91-6.

Uma teoria geral do processo baseia-se em distinções conceituais imprescindíveis à produção do conhecimento processual, na mesma medida em que cumpre a função epistemológica de “fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo.”²²⁵ Assim, a possibilidade de uma ciência processual depende da existência de uma teoria geral do processo, da qual deve distinguir-se por se tratar de linguagens de natureza diferente. Essa distinção, no entanto, só pode ser bem esclarecida à luz de conceitos que constituem a teoria geral do processo, enquanto excerto da teoria geral do direito. Alheia a diferenças conceituais mais finas, boa parte das críticas que são dirigidas à teoria geral do processo, segundo Didier, careceria de clareza terminológica e, por isso, confunde aquilo que é resultado da epistemologia processual, a própria teoria geral do processo, com o conjunto de normas processuais, que é objeto de uma ciência processual.²²⁶ Com isso, confunde-se a teoria geral do processo com a pretensão de elaboração de um direito processual único.

Entendida dessa maneira, do ponto de vista da tese de Didier, a teoria geral do processo não existe apenas como *Faktum*, é preciso e necessário que haja uma tal teoria. Mas nem por isso Didier deixa de considerá-la como uma teoria efetivamente dada, como testemunha o exame a que submete o pensamento de autores que se dedicaram a investigá-la, além de autores contrários à teoria. No primeiro caso, desenha o que chama de “pragmática da teoria geral do processo”, concentrando-se então no dissenso sobre o conteúdo. No segundo, volta-se à divergência sobre a existência, mas a restringe à utilidade ao processo penal. O autor apresenta assim perspectivas das quais discorda, traçando aproximações e medindo a distância que as separa do seu próprio pensamento. Nessa medida, por exemplo, está em condições de identificar semelhanças e dessemelhanças entre sua tese e as ideias de Dinamarco, para quem, tal como para ele, a teoria geral do processo é uma disciplina epistemológica e um sistema de conceitos constituídos por indução.²²⁷ Porém, diferentemente de sua tese, Dinamarco compreende que a teoria geral do processo diz respeito “à análise dos métodos da ciência do processo”, possuindo “caráter dogmático.”²²⁸

Se é verdade, como quer Borges, que um grande escritor cria seus precursores, talvez seja correto dizer que grandes ideias criam seus ancestrais.²²⁹ É claro que o exame a que Didier submete esses autores é feito de um ponto de vista, em alguma medida, estranho a eles próprios, pois comprometido com uma visão singular da teoria geral do processo. Não se trata, portanto, de uma exposição inocente do pensamento alheio, mas de uma crítica, cujo horizonte é a ideia de que o melhor elogio não é a apologia

225 *Ibid.*, p. 92.

226 *Ibid.*, p. 97.

227 *Ibid.*, p. 109.

228 *Ibid.*, p. 110.

229 Borges, Jorge Luis. Nathaniel Hawthorne. *Outras Inquisições* (São Paulo: Globo, 2020), p. 54. “Great ideas create their ancestry” é uma paráfrase, feita por José Alberto Coffa, em *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, da frase de Borges “um grande escritor cria seus precursores”.

mas o diálogo. Por isso, está em condições de fazer justiça ao pensamento que toma como objeto, a ponto de ultrapassar os limites do próprio livro.²³⁰ Com isso, ela não fecha os olhos nem para a fecundidade do pensamento examinado, nem para os seus limites. Desse modo, mostra-se disposta a apresentar ao leitor o sentido do que é dito pelos autores sob seu exame, sem deixar de lado as razões por que eles dizem o que dizem, mesmo quando a divergência é radical. Nada mais caro à tese de Didier do que a definição da teoria geral do processo como disciplina filosófica de caráter epistemológico. Para Alcalá-Zamora, segundo o próprio Didier, a teoria geral do processo não é uma disciplina filosófica.²³¹ As razões que justificam essa perspectiva contrária são, nesse caso, apresentadas por Didier como explicação da divergência, de modo a compreendê-la como relativa a propósitos diferentes dos seus: “o objetivo do autor parece ser de afirmar a autonomia *didática* da Teoria Geral do Processo, sem maiores preocupações com a sua autonomia *científica*.”²³²

Se o rigor crítico não o impede de reconhecer virtudes, parece tornar o pensamento de Didier apto a fazer justiça. O pensamento de Carnelutti é frequente alvo da confusão entre teoria geral do processo e direito processual unitário. Certamente por ter sido o “primeiro grande processualista a produzir ensaios doutrinários sobre a Teoria Geral do Processo”, as elaborações nesse âmbito são, de maneira geral, identificadas com Carnelutti.²³³ Didier faz ver que Carnelutti não defende a unificação do direito processual. Apenas “combate o isolamento científico, que identifica como existente tam-

230 “Após a publicação desta tese – anota Didier -, e em diálogo franco com ela, Eduardo José da Fonseca Costa apresentou, agora diretamente, sua visão sobre a Teoria Geral do Processo. Ao tempo em que se agradece a leitura e o convite ao debate, é preciso registrar que Eduardo realmente entendeu as ideias defendidas nesta tese.” (*Ibid*, p. 121)

231 *Ibid*, p. 105.

232 *Ibid*, p. 107.

233 Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por exemplo, identificam *Sobre a Teoria Geral do Processo*, de Didier, ao pensamento de Carnelutti, classificando-a entre as “entusiasmadas adesões e criativas tentativas de desenvolvimento.” (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Curso de Processo Civil*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020), p. 22). Ao tratar da pretensão de universalidade da teoria geral do processo, os autores mencionados, depois de caracterizá-la como fadada a preocupar-se simplesmente com a terminologia jurídica, apontam como uma das razões para deter a sua obra na “teoria do processo civil” o problema de “os ordenamentos jurídicos não se valem dos mesmos conceitos e institutos jurídicos.” (*Ibid.*, p. 23) Segundo eles, “nem sempre às mesmas palavras correspondem os mesmos conceitos”. “A expressão *jurisdiction*, no âmbito da doutrina estadunidense, por exemplo, significa competência, sendo que o nosso conceito de jurisdição encontra adequada tradução naquela doutrina com o termo *adjudication*.” Ora, não nos parece ser imprescindível à possibilidade de uma teoria geral do processo haver palavras cognatas comuns às línguas, mesmo porque o que está em jogo é a extensão de seus conceitos, sequer a traduzibilidade dos próprios conceitos, os quais, seja como for, não se confundem com as palavras empregadas para batizá-los. Os exemplos apresentados por eles, assim, apenas confirmam que, a despeito de não haver cognatos, é possível a tradução conceitual, termo a termo, por meio de palavras, como é óbvio, diferentes. À primeira vista, pelo menos, pretender o contrário disso é confundir a etimologia com a semântica, o que leva, em última análise, a confundir o significado das palavras com definições conceituais. Até mesmo numa mesma língua, qualquer que seja ela, é perfeitamente possível que a mesma palavra se preste a batizar diferentes conceitos, e isso não é obstáculo algum à unidade conceitual.

bém entre a ciência do processo civil e a ciência do processo penal”.²³⁴ Por essa razão, o pensamento de Carnelutti, aos olhos de Didier, contém uma lição importantíssima, mesmo porque um ramo do direito processual beneficia-se do outro e, além do mais, o reconhecimento das diferenças entre eles não implica “afirmar a incomparabilidade”.²³⁵ O comércio de conceitos, no entanto, teria o perigo de aplicações indevidas, ao passo que a distinção entre o que é “construção teórica” e o que é “análise eminentemente dogmática” é o caminho, previsto por Didier, para evitá-lo.²³⁶ Desse modo, distingue-se a teoria geral de processo do que toca a uma ciência particular.

Esse expediente caracteriza, de maneira geral, o modo de leitura ao qual os autores dispostos por Didier em sua pragmática da teoria geral do processo são submetidos. Trata-se, como é natural, de tomar o próprio pensamento como horizonte da crítica. Nesse sentido, a apresentação do pensamento de outros autores tem como efeito menos expô-lo do que esclarecer as razões que engendram o próprio pensamento. Assim, à medida que traça aproximações e distanciamentos, semelhanças e diferenças, desenha os contornos de sua própria reflexão. A título de ilustração, distancia-se de Fazzalari por entender que “a Teoria do Processo não cuida de normas jurídicas, nem mesmo das normas jurídicas fundamentais para a estruturação do processo”, mas se aproxima por ele compreender que ‘processo’ “é o conceito fundamental primário da teoria geral do processo”;²³⁷ identifica uma clara semelhança entre sua tese e a proposta de José de Albuquerque Rocha, segundo a qual a teoria geral do processo serve à compreensão de qualquer direito processual, mas o censura por não esclarecer quais conceitos a compõem, à diferença de sua tese;²³⁸ aproxima-se da formulação teórica de Guerra Filho em virtude do rigor conceitual, mas se distancia dela em razão de não conter uma linha divisória clara entre o direito comparado e a teoria geral do processo.²³⁹

Se quando se tratava de expor o pensamento de autores que pertencem à pragmática da teoria geral do processo, importara assinalar rupturas e continuidades com o seu pensamento, ao apresentar autores contrários à teoria, Didier pretende ter deslindado as razões por que a perspectiva deles é insustentável. Há em comum às duas situações o fato de pôr em cena toda a sua banda de música. O que há de diferente é que, neste caso, trata-se de mostrar o erro de fundamento em que tal perspectiva teórica incorre, por isso é ainda mais importante o uso de toda a sua infantaria concei-

234 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 102.

235 *Ibid.*, p. 104.

236 *Ibid.*, p. 105.

237 *Ibid.*, p. 109.

238 *Ibid.*, p. 112-113.

239 *Ibid.*, p. 114.

Segundo o mesmo espírito, Didier põe em revista o pensamento de outros autores além desses. Como o que nos interessa não é exatamente o pensamento dos autores escolhidos por Didier para integrar a sua pragmática da teoria geral do processo, mas o quanto a exposição feita por Didier lança luz sobre o seu próprio pensamento, não se justifica expor cada um deles exaustivamente.

tual. São indigitadas, de acordo com essa perspectiva, as obras de Rogério Lauria Tucci e Aury Lopes Jr. A primeira, segundo Didier, confunde teoria geral do processo com direito processual único, embora esteja na direção correta ao censurar a pretensão de “transpor regras do direito processual civil ao direito processual penal, sem que se percebam as diferenças que há entre os seus respectivos objetos.”²⁴⁰ A segunda concentra-se na censura à “tentativa de transplantação, para o processo penal, de ‘categorias’ próprias do processo civil.”²⁴¹ Para Didier, é verdade, como quer Lopes Jr., haver uma insuperável diferença entre o processo civil e o penal, mas também é verdade que o reconhecimento dessas diferenças não prescinde da teoria geral do processo, de sorte que seus argumentos apenas evidenciariam a necessidade de haver a teoria que alega ser impossível. Não haveria, desse ponto de vista, como definir o ‘processo penal’ na ausência da definição de processo; tampouco haveria como discernir o objeto do processo penal do objeto do processo civil sem o auxílio do conceito de ‘objeto do processo’, que é lógico-jurídico.

A necessidade é aliada da utilidade. Além de não acertarem o alvo, os ataques à teoria geral do processo reiteram as razões que a tornam necessária, também porque se baseiam em confusões conceituais que uma teoria dessa natureza evitaria. A ideia orientadora das objeções formuladas por Didier é uma consequência fundamental extraída da sua concepção epistemológica da teoria geral do processo, a saber: “todas as formas de discurso e argumentação na área do direito processual pressupõem a aceitação de uma Teoria Geral do Processo que possibilite o uso coerente e racional dos inúmeros conceitos jurídicos fundamentais processuais.”²⁴² A necessidade da existência da teoria geral do processo não é estanque, porque se relaciona com as funções indispensáveis que ela se mostra capaz de cumprir, das quais depende o caráter dinâmico do direito, ou seja, a maleabilidade sem a qual a norma se mostra inaplicável. É exatamente nesse sentido que deve ser entendida a afirmação de impossibilidade da “interpretação justa do direito processual” na ausência de uma teoria geral do processo. Afinal, a interpretação torna-se impossível sem análise conceitual.

A interpretação jurídica não pode prescindir da orientação que somente a análise conceitual e terminológica pode lhe conferir. Ao adotar essa perspectiva, a teoria geral do processo, para Didier, passa a ter dentre as funções que se mostra apta a desempenhar o controle de decisões judiciais, na exata medida em que (1) “estabelece um compêndio dos conceitos jurídicos indispensáveis à compreensão do fenômeno processual”,²⁴³ (2) a compreensão da jurisprudência, que depende da correta e adequada aplicação de conceitos lógico-jurídicos processuais;²⁴⁴ (3) fornecer à dogmática do di-

240 *Ibid.*, p. 128.

241 *Ibid.*, p. 129.

242 *Ibid.*, p. 135.

243 *Ibid.*, p. 135

244 *Ibid.*, p. 142.

reito processual os conceitos fundamentais em que se baseia a elaboração de conceitos jurídico-positivos;²⁴⁵ (4) funcionar à maneira de remédio para a equivocidade terminológica, da qual, segundo Didier, a ciência processual brasileira está repleta;²⁴⁶ (5) aperfeiçoamento da formação profissional, pois soluções dogmáticas mais adequadas dependem de compreensão conceitual;²⁴⁷ (6) por fim, a função de determinar a correção da linguagem das formulações legislativas.²⁴⁸ Em conjunto, essas funções refletem a tese de Didier, de acordo com a qual a utilidade da teoria coincide com a utilidade de seus conceitos, mas como esta não pode prescindir do uso conceitual adequado, toda a sua ênfase se volta à precisão e clareza do emprego terminológico.

Nas *Regras Para a Orientação do Espírito*, Descartes afirma ser preferível sequer pensar em se dedicar a uma ciência a fazê-lo sem método, mas não antes de ter estabelecido as razões por que aquele que duvida de muitas coisas não é mais douto do que aquele a quem nunca ocorreu pensar nelas.²⁴⁹ O costume de andar nas trevas, de acordo com ele, enfraquece a tal ponto a acuidade do olhar que torna insuportável a claridade do dia.²⁵⁰ Ora, o método é sempre relativo ao objeto da ciência a que se destina, devendo ser por isso transmitido pelo ensino das escolas e pela prática científica na qual o ensino se reflete. O ensino, assim, instala as condições que tornam possível o desenvolvimento da ciência, qualquer que seja. O autor de *Sobre a Teoria Geral do Processo* subscreveria prontamente as lições cartesianas. Dedicar, por essa razão, um capítulo à necessidade de reconstrução da teoria geral do processo (terceiro Capítulo), em decorrência de transformações metodológicas, outro ao seu ensino (quarto Capítulo), os dois capítulos finais do livro. A ordem determinada pelo método não pode ser efetiva, afinal, em abandono da natureza da ciência. Por isso mesmo, depois de ter estabelecido a natureza, limites e funções do ramo do conhecimento jurídico em que consiste a teoria geral do processo, Didier passa ao tratamento dessas questões, como se pudesse dizer, como quer o gênio de Noel, que se a ordem vem por base, “o progresso vem por fim.”

A teoria geral do processo é reputada por Didier como fundamental à formação jurídica. Desse modo, deve integrar a graduação em direito como disciplina introdutória ao estudo de direito processual, sendo muito importante no nível de mestrado e imprescindível no doutorado.²⁵¹ A proposta de como deve ser feito o ensino está em perfeita sintonia com a teoria geral do processo apresentada ao longo do livro. Trata-se de uma proposta de ensino, ele próprio adverte, que pode muito bem servir a países

245 *Ibid.*, p. 149.

246 *Ibid.*, p. 150.

247 *Ibid.*, p. 156.

248 *Ibid.*, p. 157.

249 Descartes, René. *Regras Para a Orientação do Espírito*. (São Paulo: Martins Fontes, 2012), p. 5.

250 Descartes, René. *Regras Para a Orientação do Espírito*, p. 20.

251 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 179.

nos quais o ensino jurídico seja semelhante ao brasileiro. Na graduação, essa disciplina teria caráter introdutório, tendo como conteúdo a epistemologia do processo, que consiste na apresentação de conceitos fundamentais, a relação entre conceitos lógicos e o direito material, da exposição de métodos de estudo e da compreensão do direito processual, além de história, antropologia e sociologia do processo, direito processual positivo e análise econômica.²⁵² Ao passo que, nesse caso, a teoria geral do processo é apenas um excerto da disciplina, na pós-graduação, a teoria geral deve ser conteúdo exclusivo de uma disciplina no mestrado, e, no curso de doutorado, a teoria geral do processo deve ser ministrada como uma “disciplina autônoma e não como conteúdo de uma disciplina mais genérica”, possibilitando o aprofundamento teórico e a reflexão típicos desse nível de formação, que, em específico, deve debruçar-se sobre conceitos lógico-jurídicos processuais que importam à tese, podendo, como é natural, ser alterados.²⁵³

As mudanças pelas quais a metodologia jurídica passou no século XX, segundo Didier, provocaram transformações significativas na teoria geral do direito.²⁵⁴ Em razão disso, é necessário reconstruir a teoria geral do processo, do que deve resultar a reestruturação da ciência dogmática do processo. Dentre as diversas alterações ocorridas no pensamento jurídico, aquelas que dizem respeito à ciência constitucional, embora tenham tido efeitos no âmbito da ciência do direito processual, mas como não repercutiram na teoria do direito, então não tiveram efeitos sobre a teoria geral do processo. Diferente disso se passaria com as transformações que dizem respeito à teoria das fontes, que se relacionam diretamente às mudanças havidas na hermenêutica jurídica, tendo repercussão na teoria geral do processo, pois, com isso, foi modificada a forma de encarar a interpretação do direito: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; o desenvolvimento da técnica legislativa das cláusulas gerais; a redefinição do papel da jurisprudência como fonte do direito.²⁵⁵

Essas mudanças no pensamento jurídico resultam sobretudo no caráter criativo da atuação jurisdicional, o que se associa diretamente à vagueza ínsita à proposição normativa. A norma, por um lado, distingue-se do texto normativo, na mesma medida em que resulta de sua interpretação. Por outro lado, a norma já não provém simplesmente de textos normativos típicos e fechados, exigindo da prática de decisões judiciais mais do que a mera declaração de vontade da lei. A decisão, desse modo, não mais se detém em reconhecer o sentido do texto normativo, encarregando-se de construí-lo. Com isso, em primeiro lugar, o órgão julgador (1) “é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico”; (2) o método de subsunção se mostra insuficiente; (3) a função orientadora dos conceitos lógico-jurídico revela-se ainda mais

252 *Ibid.*, p. 185-6.

253 *Ibid.*, p. 188.

254 *Ibid.*, p. 163.

255 *Ibid.*, p. 166.

fundamental.²⁵⁶ Não podem ser outras as consequências do desenvolvimento da teoria dos princípios, que conduz à compreensão segundo a qual eles seriam uma espécie de norma jurídica, e não mais “uma técnica de integração de lacuna ou simples fundamento de uma norma jurídica”²⁵⁷, da jurisprudência ter passado a ser fonte do direito, de sorte que as decisões judiciais não mais se detêm em constituir norma jurídica do caso concreto, passando a produzir efeitos em casos semelhantes, além da harmonização, no sistema jurídico, de textos normativos na forma de cláusulas gerais, sendo por isso dotados de característica indeterminação, com regras casuísticas, caracterizadas por serem rígidas e fechadas.²⁵⁸

A reconstrução que essas transformações impõem à teoria geral do processo implica dois planos de repercussão. Em primeiro lugar, dirá Didier, é necessária a introdução de novos conceitos jurídicos fundamentais, como é o caso do conceito de ‘cláusula geral’. Trata-se de conceito imprescindível à compreensão do direito processual contemporâneo, repleto de “enunciados normativos compostos por termos vagos”.²⁵⁹ É também o caso de todos os conceitos relacionados ao precedente judicial, como ‘*ratio decidendi*’ e ‘*obiter dictum*’. Em segundo, é necessário reconstruir conceitos jurídicos fundamentais já pertencentes à teoria geral do processo, como são o caso de ‘jurisdição’ e ‘decisão’, em virtude do caráter criativo da atividade jurisdicional.²⁶⁰ Ademais, a teoria da norma processual deve ser reestruturada, afinal a Constituição e a lei passam a ter a companhia da jurisprudência como fonte de norma processual.

Se a interpretação jurídica não é possível sem os fundamentos conferidos pelos conceitos da teoria geral do processo, podemos supor então que uma tal teoria não pode prescindir da lógica jurídica. Tampouco a interpretação seria possível sem a lógica. A história da aplicação da lógica ao direito é, em grande medida, tributária do empirismo lógico. O coração do projeto levado a termo pelo empirismo lógico é a delimitação, por meio da análise lógica da linguagem, do terreno disputável da ciência, distinguindo-o do domínio indisputável da matemática e da lógica. A questão central desse projeto epistemológico é a fundamentação da certeza lógica.²⁶¹ E não é senão por isso que a natureza da inferência lógica e das regras que a presidem importam tanto a esse projeto. As regras só podem ser de natureza linguística, pois conduzem à admissão de proposições, sejam as regras empíricas que justificam o reconhecimento de proposições protocolares, as regras axiomáticas ou as regras dedutivas. Com isso, a filosofia é reduzida à condição de uma análise da linguagem que ganha forma num trabalho de fundamentação da ciência ao qual importam, no essencial, a validação de

256 *Ibid.*, p. 172.

257 *Ibid.*, p. 171.

258 *Ibid.*, p. 171-172.

259 *Ibid.*, p. 175.

260 *Ibid.*, p. 177.

261 Quine, Willard Van Orman. *The Ways of Paradox and Other Essays*. (Nova Iorque: Random House, 1966), p. 101.

proposições necessárias e o assentamento do significado das proposições da experiência. O *Tractatus Lógico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein, tem o mérito, aos olhos do próprio positivismo lógico, de ter pavimentado o caminho desse projeto, mas não sem pôr em questão a possibilidade de toda e qualquer teoria da linguagem. A obra de Rudolf Carnap, a partir de *Logische Syntax der Sprache*, tem o mérito de explorar um tal projeto até as suas últimas consequências.

DUAS CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A história da metalinguagem tem origem na caracterização feita por Wittgenstein, no *Tractatus*, do discurso filosófico como absurdo (*unsinnig*).²⁶² Em sua introdução ao *Tractatus*, Bertrand Russell dá forma à suspeita de que as proposições filosóficas constituiriam um discurso metalinguístico que consiste em proferimentos sobre uma linguagem objeto. Segundo ele, para quem acredita na impossibilidade de um discurso filosófico significativo, Wittgenstein diz muitas coisas, que ele próprio sustenta serem absurdas, mas de forma perfeitamente compreensível, o que sugere haver uma hierarquia de linguagens.²⁶³ A legitimidade filosófica da análise lógica da linguagem passa então a ser uma questão à medida que, inspirado no *Tractatus*, o empirismo lógico admite apenas duas modalidades de enunciados, uns aceitos ou rejeitados em razão do que se passa na experiência, outros em virtudes de condições lógicas que governam o processo de expressão. Bertrand Russell e Alfred North Whitehead desenvolveram, em *Principia Mathematica*, um sistema simbólico artificial capaz de cumprir esse fim, abrindo caminho para a análise da linguagem por que guiado pela possibilidade de uma linguagem ocupar-se da estrutura de outra linguagem.²⁶⁴ Alfred Ayer acredita que, ao efetuar a sua análise da linguagem, Rudolf Carnap demonstrou ser possível fazê-la empregando a própria linguagem, sem incorrer em paradoxos lógicos, na medida em que se mostra possível a construção de um discurso metalinguístico.²⁶⁵

Carnap está convencido de que a linguagem compreende, além de proposições sobre objetos (*Objektsätze*), proposições formais cuja referência seriam signos isolados ou a forma linguística de proposições. O discurso filosófico em que consiste a análise da linguagem, assim, deixa-se ser vertido num discurso formal, o que seria suficiente para sustentar o seu estatuto semântico contra a acusação de que não se trata de um contrassenso. Todo o estranhamento que um tal discurso pode causar, para Carnap, dissipa-se diante da admissão de que haveria uma terceira modalidade de proposições

262 Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. (São Paulo: EDUSP, 2001), 6.54.

263 Russell, Bertrand. Introdução. Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. (São Paulo: EDUSP, 2001), p. 127.

264 Russell, Bertrand & Whitehead, Alfred North. *Principia Mathematica*. (Londres: Cambridge University Press, 1997), p. 49.

265 Ayer, Alfred. *Language, Truth and Logic*. (Nova Iorque: Penguin Books, 1971), p. 51.

peseudo-objetivas, cuja forma leva a crer que têm como referência objetos extralinguísticos, quando se referem, na verdade, à categoria sintática de certos sinais linguísticos.²⁶⁶ Com isso, Carnap está em condições de concluir que os conceitos formais dos quais as proposições se constituem tem a sua traduzibilidade tornada possível a partir da aplicação de conceitos logicamente legítimos a signos linguísticos.

A concepção de filosofia e de ciência posta em exercício pelo empirismo lógico, mas sobretudo por Rudolf Carnap, inspirou uma concepção de direito e de filosofia do direito análoga, abrindo caminho para a aplicação da lógica ao direito, o que depende de ser possível a representação da linguagem por meios linguísticos. Toda a aparência leva a crer que *Sobre a Teoria Geral do Processo* vincula-se a essa tradição de pensamento, e ter recusado a redução do direito à lógica não é suficiente para desfazê-la completamente. Afinal, o seu autor define a própria obra como um discurso metalinguístico cuja referência é a metalinguagem em que consiste a teoria geral do processo.²⁶⁷ Mais do que isso, o caráter epistemológico da teoria geral do processo, tal como compreendido por Didier, põe-na em linha de conta com o que Wittgenstein, no *Tractatus*, reputa ser o resultado da análise da lógica filosófica: delimitação e clareza da linguagem.²⁶⁸ Como em muitos outros, neste caso, as aparências enganam. A delimitação do que se deixa dizer, do ponto de vista do *Tractatus*, é realizada por meio do estabelecimento de condicionantes lógicos, sem cuja satisfação as proposições não seriam dotadas de sentido. Tudo o que pode ser dito restringe-se ao universo do discurso que atende a tais condicionantes e assume a forma proposicional. Por isso, os limites do discurso significativo só podem ser traçados linguisticamente, a partir da descoberta da natureza da proposição e de condições lógicas, sem as quais não seria possível elaborar proposições com sentido. Com efeito, o resultado da análise lógica tem caráter definitivo e irretocável. E como os problemas filosóficos repousam no mau entendimento da lógica da linguagem, desde que feita a análise completa da linguagem, tais problemas são resolvidos de uma vez por todas.

A ênfase na dimensão pragmática do direito terá mostrado não ser possível a aplicação irrestrita de regras lógicas ao direito e à ciência do direito. Parece ser exatamente a perspectiva elaborada a partir disso que instaura a afirmação de que não há uma essência dos conceitos processuais em *Sobre a Teoria Geral do Processo*. E, na mesma medida, a não admissão de que o direito ou a ciência do direito sejam reduzidos à lógica. Mesmo Kalinowski, para quem a análise lógica é uma das principais vias de acesso à filosofia do direito, subscreve tal recusa.²⁶⁹ Pra Didier, a redução do direito à lógica implica deixar de lado aspectos pragmáticos condicionantes da aplicação normativa que não poderiam ser desconsiderados, sem que decorra a inutilidade de elaborações teóricas fundamentais. A interpretação do direito, desse ponto de vista, não coincide

266 Carnap, Rudolf. *Logische Syntax der Sprache*. (Wien: Springer, 1968), p. 211.

267 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 44.

268 Cf. *Ibid.*, p. 70.

269 Kalinowski, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. (Buenos Aires: EUDEBA, 1976), p. 36.

com uma mera descrição, como se do direito pudesse ser um dado prévio à própria aplicação.²⁷⁰ Em sendo assim, o direito como produto cultural, sobretudo em razão de dever supor a possibilidade de rearranjos ao longo do tempo, só pode estar na contra-mão da lógica do *Tractatus*, muito embora nada impeça estar em sintonia com o seu ideal de esclarecimento lógico da linguagem. Leitor de Wittgenstein, não é senão isso que interessa a Didier.

No entanto, pelas mesmas razões, está em plena sintonia com a lógica das *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, que exprime muito bem o que Fritjot Haft, com razão, compreende ser a reação intencionalista aos efeitos do logicismo em matéria de direito e ciência do direito. Reunidos sob o nome de racionalismo, esses efeitos têm a ver com o ambicioso projeto, inspirado no *Tractatus*, de construção de uma sintaxe capaz de conferir exatidão à análise da linguagem. Como isso não seria possível sem o esvaziamento dos conteúdos da linguagem aplicada ao direito, a análise lógica resultaria no afastamento da linguagem do direito em relação à linguagem ordinária, conferindo-lhe a precisão típica da univocidade semântica e, por conseguinte, destituindo-a da “imensa riqueza da realidade”.²⁷¹ Como se fosse possível, em abandono da semântica e da pragmática, reduzir o direito à sintaxe. Por essa perspectiva, ao pôr em causa o sucesso do racionalismo, a hermenêutica jurídica estaria alinhada com o espírito do pensamento de Wittgenstein, voltado, agora, contra as pretensões do logicismo.²⁷² Se as coisas forem mesmo assim, então aquelas transformações por que terá passado o direito no século XX, examinadas por Didier, devem estar em linha de conta com as *Investigações Filosóficas*, cuja principal lição a esse respeito talvez seja que as normas surgem ao longo das próprias práticas que elas devem governar, o que supõe uma linguagem em operação, não havendo sentido em separar lógica e experiência, *a priori* e empírico, embora continue a ser benfeitor distingui-los. A norma, com isso, não seria capaz de abarcar todos os casos futuros possíveis aos quais se aplica, mas nem por isso deixa de ter o caráter necessário intrínseco à condição normativa. A necessidade que a caracteriza, como de resto toda e qualquer necessidade lógica, é uma necessidade instituída ao longo do tempo. Com efeito, a indeterminação e a maleabilidade experimentadas pela normatividade deixam à realidade alguma margem de manobra, de sorte que a experiência não se vê destituída da sua característica imprevisibilidade. A norma, portanto, não é um dado prévio à experiência jurídica, ao passo que a lógica tem os seus contornos desenhados à maneira de uma jurisprudência.

Sobre a Teoria Geral do Processo não abdica da precisão do microscópio, mas compreende os fenômenos jurídicos de acordo com a diversidade que somente a visão nua

270 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 72-3.

271 Haft, Fritjot. *Direito e Linguagem*. Kauffman, Arthur; Hassemer, Winfried. (orgs.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002), p. 314.

272 Haft, Fritjot. *Direito e Linguagem*. Kauffman, Arthur; Hassemer, Winfried. (orgs.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, p. 315.

pode proporcionar. A sua concepção de teoria geral do processo alia o rigor conceitual da lógica à indeterminação da experiência, evitando a todo custo que a elasticidade que os conceitos experimentam na aplicação seja confundida com a possibilidade de serem usados ao nosso bel prazer. É assim, por exemplo, que o fato de a jurisprudência ser fonte normativa, em certo sentido, depende da capacidade de organização e determinação dos conceitos lógico-jurídicos. Afinal, não haveria jurisprudência sem a regularidade que os conceitos permitem reconhecer a partir de sua característica sistematicidade.

A concepção de teoria geral do processo formulada por Didier subordina-se, em certo sentido, à definição popperiana da ciência como um sistema de enunciados. Para Popper, um tal sistema, como todas as representações linguísticas, seria constituído por sinais ou símbolos.²⁷³ Essa maneira de entender a ciência está a serviço da falibilidade como critério de demarcação científica. A sustentação de uma teoria, por essa perspectiva, não depende da verificação de fatos de cuja existência os enunciados científicos não poderiam prescindir, mas da possibilidade de refutação.²⁷⁴ Como se trata de um critério inteiramente negativo, o que quer dizer que exclui do rol da ciência enunciados irrefutáveis, permite a inclusão de enunciados insuscetíveis de verificação. Importa apenas que o sistema tenha uma forma lógica tal que possibilite a validação por meio de provas empíricas. É ínsito a esse modo de compreender a ciência a admissão de que “as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis”, desde que sejam “susceptíveis de se verem submetidas à prova.”²⁷⁵

Ora, a adoção da definição popperiana de ciência permite que a concepção da teoria geral do processo de Didier tenha como horizonte a ideia do conhecimento científico como desenvolvido mediante a substituição de uns conceitos e enunciados por outros com maior capacidade explicativa.²⁷⁶ No entanto, o critério de demarcação da ciência proposto por Popper é feito, como sabemos, sob medida para as ciências naturais, compreendidas como submetidas ao método dedutivo. A pergunta pela possibilidade de aplicação desse critério às teorias que perfazem o conhecimento jurídico parece ser tão natural quanto a rejeição a uma resposta afirmativa, bastando apelar para a prevalência da compreensão sobre a explicação nesse domínio de conhecimento.²⁷⁷ Mas não é preciso ir tão longe. Larenz, por exemplo, detém-se em apontar como as teorias jurídicas, diferentemente das ciências da natureza, devem tornar claras as “conexões jurídicas, especialmente proposições jurídicas ou conteúdos de regulação mais extensos num sistema”, e não explicar determinados fenômenos.²⁷⁸

273 Popper, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*, p. 61.

274 *Ibid.*, p. 42.

275 *Ibid.*, p. 46.

276 Didier Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*, p. 58-59.

277 A obra *A Ideia de uma Ciência Social e sua Relação com a Filosofia* (São Paulo: Editora UNESP, 2020), de Peter Winch, é um clássico e célebre exemplo desse tipo de perspectiva.

278 Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 639-640.

Sobre a Teoria Geral do Processo não pretende transformar o sistema jurídico num sistema de enunciados infenso à realidade. Dessa forma, detém-se na característica revisibilidade dos enunciados científicos que o critério de demarcação proposto por Popper deve suportar. Tem em vista, com isso, a superação de conceitos consolidados a partir da crítica capaz de denunciar a sua inadequação. A suscetibilidade a testes, segundo critérios intersubjetivos, determina a objetividade científica, para Popper.²⁷⁹ A objetividade não é uma matéria dos cientistas individuais, mas “o resultado de sua crítica recíproca”, não se restringindo, portanto, às ciências da natureza.²⁸⁰ Na filosofia da ciência de Popper, a crítica é um corolário do caráter provisório do conhecimento científico, qualquer que seja a ciência, destinado a ter a verdade como horizonte do qual se aproxima à medida da ilimitada ignorância humana. Para Didier, o desenvolvimento do pensamento jurídico está na dependência do exercício da crítica em virtude de ela ser imprescindível ao progresso científico, mas também em razão do próprio enquadramento do direito entre as ciências da cultura. Com isso, a capacidade explicativa, em grande medida, coincide com tornar possível a compreensão dos fenômenos jurídicos.

Sendo o direito um produto cultural, deve inscrever-se num curso ininterrupto de criação de novos símbolos linguísticos, de sorte a restar às ciências jurídicas aquele papel reputado por Cassirer às ciências da cultura: decompor a linguagem simbólica em seus elementos internos e torná-los inteligíveis, tratando analiticamente aquilo que fora produzido sinteticamente.²⁸¹ A condição de produto da cultura, paradoxalmente, impede de compreender o direito como um simples produto. É, nesse sentido, um contínuo, um processo em permanente renovação, um trabalho em andamento. Por isso mesmo, a universalidade da teoria geral do processo, tal como concebida por Didier, não poderia suprimir a capacidade criadora da realidade jurídica. Até porque se não admite que o direito seja um dado prévio à aplicação da norma, compreende que a realidade se dispõe “no meio da travessia”, mas não sem mediação conceitual. Por essa perspectiva, a formação de conceitos não pode ser feita à revelia da tradição jurídica. Por isso, Didier tem em vista a teoria geral do processo como um dado disponível na tradição, considera objeções à sua possibilidade e mostra ser uma teoria necessária à medida mesma de sua inteligibilidade. Caso se tratasse de apresentar uma prova, não se trataria por certo de uma prova da existência da teoria, mas da necessidade de existência; já que possível, então necessariamente possível. Assim, *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida* põe o seu autor quase na mesma condição de um célebre filósofo do século XVIII que, questionado sobre a originalidade de um dos seus mais fundamentais conceitos, respondera, com alguma ironia, que tudo o que há de novo em ciência não passa da descoberta do que já se sabia desde sempre.

279 Popper, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*, p. 46.

280 Popper, Karl. *Lógica das Ciências Sociais* (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004), p. 23.

281 Cassirer, Ernest. *The Logic of The Cultural Sciences* (New York: Yale University, 2000), p. 86.

REFERÊNCIAS.

- Alcalá-Zamora, Niceto. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945.
- Ayer, Alfred. *Language, Truth and Logic*. Nova Iorque: Penguin Books, 1971.
- Borges, Jorge Luis. Nathaniel Hawthorne. *Outras Inquisições*. São Paulo: Globo, 2020.
- Carnap Rudolf. *Logishe Syntax der Sprache*. Wien: Springer, 1968.
- Carnelutti, Francesco. *Metodologia del Derecho*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2003.
- Cassirer, Ernest. *The Logic of The Cultural Sciences*. New York: Yale University, 2000.
- Coffa, Jose Alberto. *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*. New York: Cambridge University Press, 1991.
- Comte, Auguste. *La Science Sociale*. Paris: Éditions Gallimard, 1972 [2001]. Une édition électronique réalisée à partir du livre d'Auguste Comte, La science sociale. Paris: Éditions Gallimard, 1972, 308 pages. Collection Idées nrf., nº 261.
- Descarettes, René. *Regras Para a Orientação do Espírito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- Dinamarco. Candido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.**
- Giannotti, José Artur. *Origens da Dialética do Trabalho*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010.
- Guasp, Jaime. *La Pretension Procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- Guastini, Ricardo. *La Sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Guastini, Ricardo. *Teoría Analítica del Derecho*. (Lima: Zela Grupo Editorial, 2017), p. 76.
- Haft, Frijot. Direito e Linguagem. Kauffman, Arthur; Hassemer, Winfried. (orgs.) *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- Hegel, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- Kalinowski, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1976.
- Kant, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- Klug, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- Marx, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.
- Merleau-Ponty, Maurice. *O Olho e o Espírito*. São Paulo: Casac & Naify, 2004.

- Popper, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 2008.
- Quine, Willard Van Orman. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Nova Iorque: Random House, 1966.
- Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- Russell, Bertrand & Whitehead, Alfred North. *Principia Mathematica*. Londres: Cambridge University Press, 1997.
- Schreiber, Rupert. *Logik des Rechts*. Berlin: Springer, 1962.
- Vidigal, Luis Eulário de Bueno. Por que unificar o direito processual? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 27, p. 40-48, 1982.**
- Winch, Peter. *A Ideia de uma Ciência Social e sua Relação com a Filosofia*. São Paulo: Editora UNESP, 2020.
- Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EDUSP, 2001.