

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

PATRICK JOSÉ SOUTO

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DO
VULNERÁVEL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
PARA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADJUDICADA E
A ADEQUADA PROMOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA**

VITÓRIA
2020

PATRICK JOSÉ SOUTO

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DO
VULNERÁVEL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
PARA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADJUDICADA E
A ADEQUADA PROMOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Professor Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves.

VITÓRIA

2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

S726t Souto, Patrick José, 1980-
Técnicas processuais de tutela do vulnerável no Código de Processo Civil para construção da decisão adjudicada e a adequada promoção de acesso à justiça / Patrick José Souto. - 2020. 196 f.

Orientador: Tiago Figueiredo Gonçalves.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Acesso à justiça. 3. Tutela do vulnerável. I. Gonçalves, Tiago Figueiredo. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

PATRICK JOSÉ SOUTO

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DO VULNERÁVEL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL PARA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADJUDICADA E A
ADEQUADA PROMOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2020.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof.^a Dr.^a Gabriela Neves Delgado
Universidade de Brasília

DEDICATÓRIA

Àqueles que vivem nos bastidores e que experimentam diariamente o amargor do estigma social. Aos assistidos da Defensoria Pública.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus o privilégio de poder cursar um dos programas de pós-graduação mais respeitados do país. O PPGDIR/UFES é expressão de ensino, pesquisa e extensão públicos conduzido com a mais absoluta excelência.

Agradeço a Samara Bravin por ter acompanhado de perto o desenvolvimento deste trabalho, pela palavra de apoio na hora certa e por ter, com grande gentileza, compreendido as necessárias ausências. Sem a sua ajuda e incentivo essa pesquisa não seria concluída.

Agradeço a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, o que faço na pessoa do Dr. Gilmar Alves Batista, Defensor Público-Geral, pelo apoio no desenvolvimento deste trabalho. Também agradeço ao Dr. Maurílio Casas Maia, brilhante Defensor Público do Estado do Amazonas, que atendendo solicitação vinda de um desconhecido colega, residente no outro extremo do país, prontamente se dispôs a ajudar. Encaminhou valioso material referenciado neste texto.

Registro agradecimento aos amigos da Faculdade Castelo Branco, em especial ao Professor Deangelis Lacerda, pela confiança depositada no meu trabalho docente, além da admirável compreensão dos percalços deste caminho, sempre disposto a ajudar compatibilizando compromissos. Agradeço ao Professor Ricardo Genelhu pelo grande exemplo! Pessoa de uma sensibilidade admirável. Profissional com vasta cultura literária em todos os gêneros. Referência mundial em criminologia. Professor que compreende como ninguém as deficiências de seus alunos, e aqui me coloco entre eles. Obrigado por me convencer que seria possível!

Agradeço ao Wendel de Araújo Miller pela minuciosa revisão, pelas sempre valiosas observações e pela inarredável atenção na formalização do texto.

Registro agradecimento aos Professores do PPGDIR/UFES Rodrigo Reis Mazzei, Trícia Navarro Xavier Cabral e Cláudio Penedo Madureira pela gentileza e pelas fundamentais observações por ocasião da banca de qualificação. Também agradeço

ao Professor Rodrigo Mazzei por ter aceitado participar da banca de julgamento em meio a uma agenda sempre concorrida.

De maneira muito especial, agradeço à Professora Gabriela Neves Delgado. Minha primeira orientadora de trabalho acadêmico, na graduação da Faculdade de Direito Milton Campos. Lá se vão 17 (dezesete) anos. Ela iniciando sua brilhante carreira no magistério e eu sob o desafio de escolher um caminho a seguir. As orientações recebidas por ocasião daquela monografia ficaram marcadas. Foram decisivas para que eu desejasse também, um dia, exercer o magistério. Espero que o convite para participar da banca julgadora surta o efeito de uma homenagem, ainda que singela.

Agradeço ao Professor Cláudio Jannotti por ter viabilizado esse contato com a Professora Gabriela e por ter, de pronto, aceitado o convite para compor a banca.

Por fim, um agradecimento efusivo ao meu orientador Professor Tiago Figueiredo Gonçalves! Por ter acreditado no projeto. Pelo trato sempre gentil, além da disponibilidade e paciência em compreender minhas limitações. Responsável por, em poucas palavras, tocar em pontos sensíveis desta pesquisa, mudando muitas vezes a visão estreita e equivocada deste orientando. Característica de quem exerce a docência com sublime maestria!

RESUMO

Propiciar ao vulnerável um processo consentâneo às suas circunstâncias é fundamental para construção da decisão adjudicada e passo decisivo para promoção adequada de acesso à justiça. Partindo do problema de que a vulnerabilidade da parte pode comprometer a legitimidade da própria jurisdição é definido como objeto dessa dissertação a investigação do procedimento estatuído no Código de Processo Civil, notadamente se o vulnerável processual pode contar com técnicas processuais capazes de combater as circunstâncias fragilizantes de sua posição na relação e, de tal sorte, experimentar no processo um ambiente que afirma sua dignidade e favorece o exercício de prerrogativas de cidadania. Esse estudo tem por objetivo, ademais, demonstrar a compatibilidade entre o modelo processual desenhado no CPC e os valores norteadores do paradigma de Estado Democrático Constitucional no que se refere à tutela do vulnerável. Tal objetivo está vinculado a área de concentração do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES que enuncia Processo, Justiça e Constituição e desperta a discussão do valor fundamental e constitucional do processo justo, além de fomentar o debate acerca da tutela jurisdicional adequada e efetiva. O referencial teórico é marcado por obras de autores estrangeiros como *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *Luta por Reconhecimento*, de Axel Honneth, *Tópica e Jurisprudência*, de Theodor Viehweg, *Lógica Jurídica*, de Chaim Perelman, *Legitimação pelo Procedimento* de Niklas Luhmann, dentre outros. Autores nacionais de Teoria Geral do Estado como Darcy Azambuja e Celso Ribeiro Bastos e Teoria Geral do Direito, a exemplo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Constitucionalistas como José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, além de diversos nomes consagrados da literatura processual civil nacional, tais como, José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Júnior, Antônio do Passo Cabral e outros. Conclui-se que o Código de Processo Civil não desconhece a questão da vulnerabilidade processual e apresenta técnicas para combatê-la. Todavia, em razão da impossibilidade de se prever no plano teórico todas as possibilidades de sua ocorrência prática as técnicas concebidas a partir de enunciados do código podem se mostrar insuficientes. Assim, é preciso mudar a perspectiva de abordagem do

problema no caso concreto. Com tal objetivo o pensamento tópico-problemático se mostra ferramental valioso para adequação do procedimento e garantia de possibilidade de participação efetiva do vulnerável no processo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Técnicas processuais. Tutela do vulnerável. Legitimidade da jurisdição.

ABSTRACT

Provide to the vulnerable party a procedure suited for their circumstances is fundamental to the development of the judicial decision and a key step for the adequate promotion of access to justice. Departing from the problem that the vulnerability of the party may compromise the legitimacy of jurisdiction itself, the subject of the present master's thesis is the investigation of the procedure established by the Brazilian Code of Civil Procedure, notably if the vulnerable party can rely on procedural techniques capable of opposing the weakened circumstances of their position in the proceedings and, in such way, experience, in the judicial process, an environment that assures their dignity and supports the exercise of citizenship prerogatives. The objective of the present study, furthermore, is to demonstrate the compatibility between the procedural model designed by the Brazilian Code of Civil Procedure and the guiding values of the Democratic Constitutional State regarding the judicial protection of the vulnerable party. Such objective is linked to the concentration area of the Postgraduate Program in Procedural Law of the Federal University of Espírito Santo – PPGDIR/UFES in the field of Procedure, Justice and state Constitution and awakens the discussion about the fundamental and constitutional value of the fair procedure, as well as stimulate the debate about the adequate and effective jurisdictional protection. The theoretical frame is highlighted by works of non-Brazilian authors such as *Acesso à Justiça*, from Mauro Cappelletti and Bryan Garth, *Luta por Reconhecimento*, from Axel Honneth, *Tópica e Jurisprudência*, from Theodor Viehweg, *Lógica Jurídica*, from Chaim Perelman, *Legitimação pelo Procedimento* from Niklas Luhmann, amongst others. Brazilian authors in general theory of the state by Darcy Azambuja and Celso Ribeiro Bastos, in constitutional law José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, and by several established names of the Brazilian civil procedure literature, such as José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Júnior, Antônio do Passo Cabral, amongst others. In conclusion, the Brazilian Code of Civil Procedure is not unaware of the issue of procedural vulnerability and features techniques to oppose it. However, because of the impossibility to anticipate in theory every possibility of its practical occurrence, the techniques developed from the statements of the code could be

insufficient. As follows, it is necessary to alter the perspective of the problem's approach in each specific case. With such an aim, the topic thought shows itself as an invaluable tool to the adequacy of the procedure and the assurance of the vulnerable party's possibility to effectively participate in the proceedings.

Keywords: Acces to justice. Procedural techniques. Jurisdictional protection of the vulnerable party. Legitimacy of jurisdiction.

LISTA DE SIGLAS

ABraSD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AglInt – Agravo Interno
AI – Agravo de Instrumento
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPC – Código de Processo Civil
CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015
CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DNA – Ácido Desoxirribonucleico
DPGE-RJ – Defensoria Pública-Geral do Estado do Rio de Janeiro
DPU – Defensoria Pública da União
DUT – Documento Único de Transferência
EC – Emenda Constitucional
EDcl – Embargos de Declaração
EREsp – Embargos de Divergência em Recurso Especial
FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis
HC – Habeas corpus
IAC – Incidente de Assunção de Competência
IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LC – Lei Complementar
LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro
LOA – Lei Orçamentária Anual
NCPD – Novo Código de Processo Civil
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OAB/SC – Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas

PPGDIR/UFES – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo

RCL – Receita Corrente Líquida

RE – Recurso Extraordinário

REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UFPR – Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA NOS PARADIGMAS MODERNOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	19
1.1 O IDEAL PRIVATISTA DE ACESSO À JUSTIÇA: O ESTADO LIBERAL	20
1.1.1 Os influxos do liberalismo nas primeiras fases metodológicas do direito processual	23
1.2 O ESTADO SOCIAL E A NOVA MOLDURA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	28
1.2.1 As influências do <i>Welfare State</i> na definição dos escopos do processo: o instrumentalismo (terceira fase metodológica)	31
1.2.1.1 O movimento universal de acesso à justiça	35
1.3 PREMISSAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	38
1.3.1 A quarta fase metodológica do processo: o formalismo-valorativo	42
2 O CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL DO REGIME DEMOCRÁTICO INAUGURADO EM 1988 E O ENFRENTAMENTO DA VULNERABILIDADE PROCESSUAL	47
2.1 VULNERABILIDADE: PREMISSAS METODOLÓGICAS.....	47
2.2 A VULNERABILIDADE PROCESSUAL	51
2.3 PROPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TUTELA DO VULNERÁVEL.....	54
2.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana como fonte de tutela processual do vulnerável	58
2.3.2 A concepção ampliada de Cidadania e a tutela processual do povo	69
3 A TUTELA DO VULNERÁVEL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: TÉCNICAS PROCESSUAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADJUDICADA	76
3.1 A TÉCNICA PROCESSUAL.....	76

3.2 TÉCNICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ESPECÍFICAS PARA TUTELA DO VULNERÁVEL	79
3.2.1 Fixação de competência	80
3.2.2 A qualificação do réu na petição inicial	83
3.2.3 Curadoria especial	88
3.2.4 Tutela do hipossuficiente (a gratuidade de justiça)	91
3.2.5 Defensoria pública	101
3.3 TÉCNICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ESPECIALMENTE CARAS (NÃO ESPECÍFICAS) À TUTELA DO VULNERÁVEL	121
3.3.1 Responsabilização das partes por dano processual	122
3.3.2 Deveres do juiz na gestão do processo	122
3.3.3 Tutela provisória	138
3.3.4 Cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova)	142
4 A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO E A TÓPICA NA PERSPECTIVA DE TUTELA DO VULNERÁVEL E DE EFETIVAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS.....	148
4.1 A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO PROCEDIMENTO E PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO.....	151
4.2 A TUTELA DO VULNERÁVEL A PARTIR DO DISCURSO PRÁTICO-PROCEDIMENTAL DO CASO CONCRETO: O PENSAMENTO TÓPICO-PROBLEMÁTICO NA CONSTRUÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS AFIRMATIVAS	160
CONCLUSÃO	180
REFERÊNCIAS.....	182

INTRODUÇÃO

“O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”.¹

O atual quadrante processual enaltece a perspectiva instrumental do processo, qual seja: um ferramental que serve à realização do direito material através da produção de decisões jurídicas justas. Não obstante, é preciso avançar na investigação do tema. A apresentação do processo naquelas singelas linhas revela-se estéril. A rigor, a efetividade de direitos, reclamada na teoria constitucional contemporânea, convida à compreensão do fenômeno processual como via pela qual se busca a própria promoção humana.

Ora, a concepção e o desenvolvimento da hodierna teoria processual estão arquitetados sob fortes bases constitucionais, notadamente, a dignidade da pessoa humana e a cidadania. A consagração desses princípios, também naquela parcela do ordenamento em que se insere o processo civil, serve para demonstrar o potente movimento migratório do plano meramente normativo (abstrato) para o espaço da efetiva prática. Dada a notável natureza normogênica eles informam toda a dogmática processual, demandando regras concretizadoras de suas orientações.

Diante dessas premissas parece possível firmar a posição de que um modelo de processo eficiente é aquele que está aberto à recepção de influxos sociais. A abordagem sociológica da pessoa, considerada a complexidade de suas circunstâncias, antecede sua posição de parte processual, transbordando para o processo a sua condição humana. Aspectos de exclusão social, como condições econômicas precárias e ausência ou baixa qualidade de educação em direitos, além da deficiência e imaturidade mentais, são conjunturas que não podem ser ignoradas na relação processual. Essas circunstâncias podem se converter em fatores responsáveis pela vulneração da parte, dificultando o exercício de direitos processuais a ponto de comprometer o próprio caráter instrumental do processo e o desiderato de ser espaço em que se experimenta dignidade e se exerce cidadania.

¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

O acesso à justiça não consensuado, isto é, mediante decisão adjudicada pelo Estado no desempenho da função jurisdicional, está muito distante de se confundir com acesso ao Poder Judiciário. Basta afirmar, para essa percepção, que um processo que não se presta a tutelar o vulnerável na relação processual mostra-se importante catalisador de produção de injustiças. Normas adequadas ao aspecto subjetivo da relação devem ser elaboradas para a fluidez daqueles princípios fundamentais no decorrer do procedimento. Só assim, acredita-se, haverá contenção do arbítrio e ascendência do melhor direito. O acesso universal à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), em uma sociedade que almeja ser justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88), deve ser assunto colocado no roteiro do dia. Ao direito processual está reservado o papel de protagonismo na (re)construção de dignidades (art. 1º, III, CRFB/88).

O quadro delineado é capaz de conduzir às seguintes indagações: 1) o acesso à justiça pelo processo de natureza adversarial passa pela investigação do estado de vulnerabilidade processual das partes?; 2) o Código de Processo Civil trata da vulnerabilidade?; 3) em caso positivo, o Código de Processo Civil apresenta técnicas suficientes destinadas à tutela do vulnerável processual e a adequada promoção de acesso à justiça? Dar respostas a tais indagações constituem o objetivo dessa pesquisa. A problemática suscitada está em harmonia com a área de concentração anunciada pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, qual seja, Justiça, Processo e Constituição. A linha número “2” orienta o desenvolvimento da pesquisa à luz do constitucionalismo contemporâneo, onde se demanda um processo de perfil instrumental e voltado para a efetivação de direitos e garantias fundamentais. A pesquisa será teórica sem se descurar, todavia, de importantes aspectos práticos de aplicabilidade da teoria.

Considerando a posição destacada que deve ser dada ao tema do acesso à justiça, a investigação aqui desenvolvida propõe como ponto de partida para sua melhor compreensão uma abordagem histórica. Desta feita, no capítulo “1” é apresentado, em linhas gerais, um cotejo entre os paradigmas modernos de Estado Constitucional e as fases metodológicas da teoria processual, notadamente com o escopo de se perscrutar como os valores reinantes em cada época influenciaram o processo ao

seu tempo. Nesse cenário, outrossim, é dado destaque à percepção do acesso à justiça sob a perspectiva das diferentes ideologias processuais, do sincretismo ao formalismo-valorativo. Mauro Cappelletti e Bryan Garth no clássico *Acesso à Justiça*, além de Cândido Dinamarco, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, são alguns dos autores referenciados.

O capítulo “2” é dedicado ao vulnerável. Personagem central destas breves considerações. É tomada por empréstimo a aceção de vulnerável processual sintetizada nas Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, elaboradas por ocasião da XIV Conferência Judicial Ibero-americana. Passo seguinte, é proposto o enfrentamento da vulnerabilidade processual com fundamento nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e cidadania. Este último a partir de sua compreensão ampliada, a fim de incluir qualquer do povo. São marcos essenciais para que, com o afastamento da condição de vulnerável, possa a parte se reconhecer na relação processual. Aqui, registra-se a importante contribuição de manuscritos de José Carlos Barbosa Moreira, Friedrich Müller e a *Luta por Reconhecimento* de Axel Honneth.

As técnicas processuais previstas no CPC para o enfrentamento da vulnerabilidade e, por conseguinte, atendimento daqueles princípios, são observadas a partir da seguinte classificação: técnicas exclusivamente concebidas para a tutela do vulnerável e técnicas não exclusivas, mas especialmente caras ao combate da vulnerabilidade processual. No primeiro caso o legislador estabeleceu em abstrato, como é característico, situações em que a vulnerabilidade da parte é presumida. Nesta segunda hipótese considerou conjunturas que apresentam potencial de colocar a parte em situação de vulnerabilidade, o que não ocorrerá necessariamente. Esse é o tema que se apresentou no terceiro capítulo com fundamento em processualistas pátrios como Antônio do Passo Cabral, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero, Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni e Maurílio Casas Maia, dentre outros.

Por fim, é preciso ter em mente a impossibilidade de se antever no plano normativo todas as possíveis ocorrências de vulnerabilidade processual. Considerando que a

jurisdição se legitima por um procedimento verdadeiramente democrático e, ademais, marcado pela efetiva participação dos sujeitos processuais, dedica-se o capítulo de fechamento, em breves notas e sem pretensão de esgotamento do tema, à proposta de adoção do pensamento tópico-problemático. O fim perseguido é a construção da técnica adequada à tutela do vulnerável no caso concreto. Essa estratégia adota o método de pensamento indutivo, partindo do problema para se encontrar a resposta possível. A retórica cuida de fornecer o caminho para a elaboração da solução. Com efeito, neste ensejo é tratada a questão da adequação procedimental para o atendimento da premissa de tutela do vulnerável. Autores como Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Eduardo Bittar e Luiz Guilherme Marinoni são as principais referências na edificação dos argumentos anotados no último capítulo.

1 AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA NOS PARADIGMAS MODERNOS DE ESTADO CONSTITUCIONAL: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

“Ele (o processo), na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização”.²

O Direito, enquanto manifestação cultural de um povo, reflete os valores imperantes numa sociedade em dada época. Não destoia dessa premissa princípios e regras processuais.

A compreensão e o dimensionamento de um fenômeno cultural³ exige do pesquisador investigação histórica acerca do objeto que se propõe a estudar. É com essa proposta que se apresenta em singelas linhas o acesso à justiça nas diferentes fases metodológicas do direito processual e sob a perspectiva dos paradigmas de Estado Moderno Constitucional.⁴

Não obstante, duas advertências de cunho semântico já se mostram necessárias. A primeira é a que o termo *paradigma* vai aqui empregado segundo a compreensão de Thomas Kuhn⁵. Falar sobre paradigmas de Estado significa assumir a premissa de

² LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

³ Daniel Mitidiero, referenciando Angelo Falzea (*Sistema culturale e Sistema giuridico*) anota: “Segue-se daí que o direito, com as suas características de humanidade e de socialidade, pode ser impostado como um autêntico produto cultural, entendida a cultura como a espiritualidade inerente à realidade humana socialmente considerada. Dentre todas as manifestações da cultura, o direito é fruto da cultura positiva, isto é, da cultura encarnada em comportamentos sociais reconduzíveis aos valores que caracterizam determinado contexto histórico.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 28-29). “Nela (atividade social), na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como conjunto de vivências de ordem espiritual, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes.” (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4).

⁴ Terminologia empregada por Paulo Bonavides, dentre outros, para marcar a passagem do Estado Feudal, que “eram Estados que se constituíam nas raías da comunidade, dentro de uma cidade, a *polis*, Estado-cidade”, para o Estado nacional. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73).

⁵ “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma

reconhecimento científico universal de uma gama de valores políticos, econômicos, sociais e jurídicos – portanto, culturais – mais ou menos comuns que ditaram a formatação de modelos de Estado ao longo da história. A segunda advertência fica por conta da própria variação dada ao significado de *acesso à justiça*, refletindo, pois, os valores sociais reinantes em cada época.

Por fim, é preciso pontuar, ainda a título introdutório, que não obstante a influência que cada paradigma de Estado exerceu sobre o processo, não há uma exata correspondência temporal com as fases metodológicas, porquanto, fruto da própria incapacidade do Direito de se movimentar na velocidade dos fatos sociais. Sem embargo, como adiante se verá, esses ideais de cada tempo refletiram na compreensão de processo e, por conseguinte, na própria acepção de acesso à justiça.

1.1 O IDEAL PRIVATISTA DE ACESSO À JUSTIÇA: O ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal ou Estado Constitucional (final do séc. XVIII até o primeiro terço do séc. XX) é construído a partir de premissas antagonistas ao Estado Absolutista (séc. XVI ao XVIII), sem se descuidar das diferenças notórias vivenciadas na Inglaterra, Estados Unidos da América e França.⁶ Este marcadamente centralizador, porquanto era o monarca a figura que reunia poderes que poucos limites conheciam.⁷ Nesse compasso, o valor reacionário (reação ao absolutismo monárquico) daquele paradigma de Estado é o *laissez-faire*,⁸ elemento nuclear da nova ideologia. O foco do Estado Liberal foi direcionado para as relações privadas e “sua maior aplicação

ciência.” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectivas, 1998. p. 13).

⁶ Vide *Bill of Rights* (1689) na Inglaterra, a Declaração de Independência das Treze Colônias nos Estados Unidos da América (1776) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) na França. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 147).

⁷ “De um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de Absolutismo como aquela forma de governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 1998. v. 1, p. 2).

⁸ “Sua máxima principal está insculpida na expressão francesa “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*” (‘Deixai fazer, deixar passar, o mundo caminha por si só’). (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139).

se deu no campo econômico, em que se procurou suprimir toda a interferência do Estado na regulação da economia”.⁹

A liberdade individual apresenta-se como premissa inarredável, capaz de justificar a imediata repreensão de condutas que ainda em potencial pudessem significar mitigação dessa tão cara conquista. A autonomia privada é o motor social que impulsiona o Estado rumo ao ideal de justiça então presente. A dinâmica da vida em sociedade era regida por cláusulas contratuais, contando com todo o vigor do *pacta sunt servanda*.¹⁰ É o cenário em que o indivíduo ocupa o protagonismo e o ambiente é idealizado para a realização de suas potencialidades, na exata medida das possibilidades que reúne.

O Estado Liberal assumia postura flagrantemente passiva, uma vez que “o máximo de bem-estar comum é atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado”,¹¹ reservando para si apenas o papel de não criar obstáculos ao exercício de direitos e liberdades individuais.¹² Anota Paulo Bonavides no contexto da consagrada teoria das gerações de direitos fundamentais:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular os indivíduos, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹³

Dado o perfil absenteísta assumido pelo Estado, apenas dele se esperava, em linhas gerais, quanto ao plano externo que organizasse um exército para a defesa

⁹ BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 139.

¹⁰ “Diferente da lei antiga, a característica mais importante da lei moderna, principalmente no direito privado, é o significado cada vez maior das *transações* legais, em particular dos *contratos*, como fonte de reivindicações garantidas pela coação legal. Tal característica do direito privado é tão acentuada que se pode, *dentre a parte principal*, designar o tipo de sociedade contemporânea, até o ponto em que o direito privado se torne um direito ‘contratual’”. (WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011. p. 106-107).

¹¹ BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 139.

¹² “De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos)”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 343).

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564.

da sociedade e, internamente, para assegurar a boa convivência, que se dedicasse a organização da polícia e do Judiciário.¹⁴

O acesso à justiça é teoricamente categorizado como direito natural e, por sua vez, a “justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.”¹⁵

A igualdade, lado a lado com a liberdade, é outro valor sobre o qual se ergueram as bases do Estado Liberal. E nessa esteira eram produzidos enunciados normativos que proclamavam a igualdade dos homens diante da lei e, por conseguinte, a construção de normas impessoais, que ditavam o tratamento simétrico entre os indivíduos.¹⁶ A igualdade, assim posta, limitava-se apenas à perspectiva formal.¹⁷

No panorama delineado por máxima liberdade individual e igualdade formal não havia preocupação do Estado com a “aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.”¹⁸ E, de tal sorte, “o acesso formal, mas não efetivo, à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.¹⁹ Como dito, ao Estado Liberal cabia organizar um sistema judiciário para dirimir conflitos. Com efeito, o acesso à justiça se associava à utilização desse mecanismo estatal, sem pretensão, todavia, de universalização. Tal como outros serviços, estava disponível apenas para aqueles que poderiam adquiri-lo.²⁰

¹⁴ BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 139.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

¹⁶ “A *igualdade* (perante a lei) e a *universalidade das formas jurídicas*, arrematadas na sujeição de todos ao domínio da lei (legalidade), é fundamental à estruturação desse modo de produção”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 161).

¹⁷ “A *igualdade*, desde sua entronização no momento liberal, alcançava concreção exclusivamente no nível formal. Cuidava-se de uma igualdade à moda do porco de Orwell [1951/114], no bojo da qual havia – como há – os ‘iguais’ e os ‘mais iguais’ (“All animals are equal/But some animals are more/Equal than others”). (GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, 2014, p. 161).

¹⁸ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 9.

¹⁹ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 9.

²⁰ “A ênfase dada à racionalidade (laicizada) individual e conseqüente autonomia do agir humano, que embasaram o liberalismo político e o liberalismo econômico, gerou disfuncionalidades que originaram a chamada questão social e provocaram, com seu absolutismo, a reflexão que levou à antítese das concepções coletivistas, cuja tentativa de síntese foi o pensamento social-democrático, matriz da elaboração teórica da função social dos direitos subjetivos privados”. (PASSOS, J. J. Calmon de. A função social do processo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 9, n. 2, p. 49, abr./jun. 1997).

1.1.1 Os influxos do liberalismo nas primeiras fases metodológicas do direito processual

O Direito, já há muito movido pelos ideais iluministas do séc. XVII que fixou o paradigma científico da modernidade,²¹ foi tomado por uma feição técnica, se estabelecendo em definitivo no plano científico com a marca da autonomia a partir da experiência da escola histórica no século XIX que sustentou “a necessidade de um desenvolvimento espontâneo do direito, paralelo ao dos costumes e da linguagem, e que se harmonize com os dados da civilização própria de cada país”.²²

Não obstante, Mitidiero assinala outro traço característico do Direito vigente à época: “A compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como conseguinte a sua própria colocação fora do âmbito cultural”.²³ A constatação anotada pelo processualista contemporâneo revela a poderosa influência da escola Kelseniana no direcionamento dos estudos e na formação do pensamento jurídico.²⁴

Os valores liberais, então expressão da cultura social reinante à época, geraram reflexos no pensamento jurídico, como era de se esperar, dado o paralelismo existente entre os planos. As influências advindas do liberalismo econômico, cuja energia estava voltada para as relações privadas, são sentidas no processo. A relação processual, marcadamente privatista, era acentuadamente adversarial, terreno em que dois sujeitos se experimentavam como adversários, sem qualquer

²¹ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 26.

²² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 60.

²³ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 27.

²⁴ “Outro marco fundamental na história da tese unitária do ordenamento jurídico foi Kelsen, com a sua *doutrina pura do direito*. Desenvolveu notavelmente o jurista filósofo a ideia da *formação gradual do direito*, afirmando que este se produz através de sucessivas etapas – (a) a norma fundamental, imanente na consciência do povo; b) a constituição; c) a lei; d) o decreto; e) o negócio jurídico; f) a sentença; g) a execução), das quais cada qual constitui pressuposto da seguinte e execução da precedente”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 17).

preocupação do Estado com o resultado da demanda.²⁵ “O clima privatista do direito material apanhava em cheio o direito processual, engastando-o no mesmo plano”.²⁶

Por seu turno, a figura do contrato – enquanto instrumento concreto de autocomposição de interesses e expressão de autonomia dos sujeitos dotada de grande simbolismo – que representava de modo indelével a ideologia liberalista também se espriava para o processo. Galeno Lacerda assinalou essa relação:

Toda a escola de civilistas franceses do século XIX considera o processo como um contrato, em consonância com a antiga fonte romana. Para a doutrina civilista, somente a existência de um contrato explicaria, p. ex., a coisa julgada no processo judiciário. A sentença vale porque ambas as partes, que poderiam ter resolvido a controvérsia fora do litígio judiciário, convencionariam, tacitamente, entre si, submeterem-se ao Poder Judiciário e, em consequência, acatar o seu pronunciamento.²⁷

A indivisibilidade entre direito material e processo marca a primeira fase metodológica do direito processual. O *praxismo*, assim chamada por Mitidiero, ou o *sincretismo*, denominação empregada por Dinamarco, possui como característica a indissociabilidade dos planos material e processual, sendo este compreendido como mero desdobramento do direito anunciado e uma vez violado. Nesse sentido “a ação era considerada um aspecto do direito material, ou um direito nascido da sua violação.”²⁸

O módulo processual neste paradigma de Estado pode ser sintetizado na compreensão da trilogia ação, jurisdição e processo.²⁹ Enquanto a “jurisdição era encarada com um sistema posto para a tutela dos direitos subjetivos particulares, sendo essa a sua finalidade precípua”,³⁰ a ação “era compreendida com um desdobramento do direito subjetivo”³¹ e o processo, refletindo os ideais liberais e a

²⁵ DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, 1986, p. 12-13.

²⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 31-32.

²⁷ LACERDA, *Teoria geral do processo*, 2006, p. 98.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

²⁹ “Tinha-se, até então, a remansosa tranquilidade de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18).

³⁰ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 31.

³¹ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 31.

proposta absenteísta estatal, era tido como procedimento (mera sucessão de atos), “sob condução pouco participativa do juiz.”³² Destaca-se o caráter privatista e, como tal, a plena disponibilidade marcada pela prevalência do princípio dispositivo.³³

Entretanto, o sincretismo verificado entre os planos substancial e processual, não resiste a novas indagações, chegando a ruir ainda no séc. XIX.³⁴ O histórico debate entre Windscheid e Muther acerca da *actio* romana e sua releitura no estado moderno é o ponto de partida para superação desse sincretismo. Sintetiza Dinamarco:

Na verdade, os contendores colocaram o problema de prioridade da *actio* sobre o direito subjetivo com referência ao direito romano (pois, para o direito atual, ambos aceitavam que a ação fosse um direito novo, nascido da violação de um direito subjetivo precedente), – mas a discussão despertou a doutrina para a existência de dois planos a observar, o substancial e o processual, distinção essa que veio exposta sistematicamente na obra de Bülow, onze anos após encerrada a polêmica.³⁵

Movido pelo debate acerca da natureza da ação uma teoria sistematizada da relação jurídica processual é elaborada por Oskar Von Bülow e vem à luz em 1868 na Alemanha, fixando em definitivo as raízes do direito processual como relação abstrata, sujeita ao preenchimento de pressupostos próprios de existência e validade.³⁶ É o nascimento, no final do séc. XIX, da segunda fase metodológica do direito processual, qual seja, *autonomista*, termo preferido por Dinamarco, ou do *processualismo*, no gosto de Daniel Mitidiero.

O principal destaque desta segunda fase é a clara distinção estabelecida entre o direito material e o processual. A partir de Windscheid-Muther, e passando por Bülow, o binômio direito-processo é colocado no centro das preocupações teóricas para a devida demarcação desses dois espaços.

³² DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 18.

³³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 18.

³⁴ “Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional”. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 18).

³⁵ DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, 1986, p. 15.

³⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 34.

Todavia, uma nova polêmica estava lançada, pois “surgiram, então, as concepções unitária e dualista, cujos respectivos defensores divergem a respeito da natureza da atividade jurisdicional”.³⁷ A indagação colocada no centro do debate é se a relação processual “implica a criação de direitos ou se o resultado produzido corresponde à simples declaração de direitos preexistentes”.³⁸

Em compasso com o desgaste da ideologia liberal de Estado, que dá mostras no final do séc. XIX, o direito processual é emancipado pela incorporação de um ideal publicista de processo,³⁹ o que seria impensável no apogeu do liberalismo. Somente a partir dessa nova feição, com o Estado colocado em papel de protagonismo, é que se pode afirmar com Galeno Lacerda que “o sujeito passivo da relação processual é o Estado, representado pelo juiz, o qual deve prestar a jurisdição”.⁴⁰

Nessa esteira, o direito processual ganha objeto próprio, a relação jurídica processual, e passa a ser dotado de autonomia científica. É aberto espaço para reformulação de institutos para além da ação, como os atos processuais, litispendência, eficácia da sentença, coisa julgada, dentre outros.⁴¹

O conceito de ação é um importante termômetro do grau de autonomia do direito processual nesta fase, chegando ao patamar mais elevado com a atribuição do caráter abstrato à ação.⁴²

Não obstante, o que se identificou nos estudos do direito processual nessa fase foi a autonomia levada ao extremo, isto é, a desconexão do direito processual com as relações sociais, uma vez que “paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais”,⁴³ e outras áreas do conhecimento. A concepção do “instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos ao processo.”⁴⁴ A abordagem científica do direito processual, recentemente libertado do direito

³⁷ BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 34.

³⁸ BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 34.

³⁹ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 34.

⁴⁰ LACERDA, *Teoria geral do processo*, 2006, p. 104.

⁴¹ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 33.

⁴² DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 20.

⁴³ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 34.

⁴⁴ BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 18.

material, levou os processualistas ao radicalismo do isolamento, movidos, ao que parece, pela necessidade de fixar marcos bem delimitados para a “ciência processual”.

Esse isolamento colocou o processo imune a críticas externas, visto como mero instrumento técnico, e o sistema processual passou a ser estudado “mediante uma visão puramente introspectiva no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais”.⁴⁵ Isso implicou na compreensão de processo dirigido apenas à “consecução da ordem jurídica material”.⁴⁶ Aspectos como transformações na vida das pessoas e realização de justiça não ocupavam as preocupações dos processualistas.⁴⁷

Garth e Cappelletti também registram esse desinteresse do processo e dos processualistas pelos valores sociais em passagem que merece ser transcrita:

O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade.⁴⁸

Nessa brevíssima incursão histórica é possível notar a feição liberal do processo nas duas primeiras fases metodológicas, *praxismo* (ou sincretismo) e da *autonomia* (ou processualismo). Liberdade e igualdade formal, então vetores de sustentação do paradigma liberal de Estado, constituem premissas básicas do processo. No *praxismo* a confusão com o direito material dava ao processo contornos de completa disponibilidade, ampla liberdade individual, sobrançeria do Princípio Dispositivo. No *processualismo* o desinteresse por valores sociais e a desconexão do processo com a realidade também reafirmavam as premissas do Estado Liberal, garantia de liberdades individuais (direitos de primeira geração) e igualdade, apenas, no plano normativo.

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

⁴⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 2015, p. 66.

⁴⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 2015, p. 66.

⁴⁸ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 10.

Com efeito, por ser estranho ao liberalismo, não se encontravam nos estudos de direito processual dessas primeiras fases anotações sobre o acesso à justiça que iam além da possibilidade de levar uma demanda individual ao Poder Judiciário, serviço garantido àqueles que poderiam pagar por ele.

1.2 O ESTADO SOCIAL E A NOVA MOLDURA DE ACESSO À JUSTIÇA

O Estado Social ou *Welfare State* (segunda década do séc. XX até meados do mesmo século) é marcado pelo rompimento do ideal liberalista de que todos os indivíduos têm o que merecem, segundo o próprio esforço e mérito pessoais. O Estado assume postura ativa na promoção de direitos básicos, garantindo o mínimo necessário para sobrevivência através de políticas públicas distributivas.⁴⁹

A mudança de postura do Estado pressupõe resposta à seguinte indagação: “o que o levou a encampar tarefas que num primeiro momento pareciam ser mais eficientemente prestadas pelos particulares?”⁵⁰. As crises econômicas da primeira metade do séc. XX fizeram eclodir a recessão e o desemprego, revelando a ineficiência da metodologia então adotada, isto é, “demonstravam ser os mecanismos autorreguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional.”⁵¹

A transição entre esses dois paradigmas de Estado é marcada pela inclusão de preocupações sociais e econômicas nas decisões políticas tomadas. O Estado se volta à efetivação e fomento de políticas públicas para a promoção do bem comum da justiça social.⁵²

⁴⁹ “Mas é preciso chegar à Inglaterra dos anos 40 para encontrar a afirmação explícita do princípio fundamental do *Welfare State*: independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de serem protegidos – com pagamento de dinheiro ou com serviços – contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...). O slogan dos trabalhistas ingleses em 1945, ‘participação justa de todos’, resume eficazmente o conceito do universalismo da contribuição que é fundamento do *Welfare State*”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de política*, 1998, p. 417).

⁵⁰ BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 142.

⁵¹ BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 142.

⁵² ZIPPELIUS, 1971, apud BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 144.

Rompe-se, por conseguinte, com o ideal de que os indivíduos são deixados à própria sorte e que a justiça seria o resultado dos enlaces ou embates travados na multiplicidade de relações. A partir do olhar cuidadoso do corpo social é possível notar diferenças de forças entre os agentes sociais, enfermidade que deve ser tratada por ação do Estado, e interesses supraindividuais a reclamar, igualmente, ação estatal. Bem comum e justiça social, elementos nucleares deste paradigma de Estado, não seriam alcançáveis pela ação, naturalmente egoística, dos indivíduos.⁵³

A própria liberdade, alçada a valor fundamental do Estado Liberal, ganha uma necessária releitura, com carga de maior complexidade e compreensão que exige aprofundado pensamento crítico. Alexy, ao tratar do que denominou “direitos fundamentais sociais”, dá o tom:

[...] a liberdade jurídica, isto é, a permissão *jurídica* de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade *fática* (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A formulação dessa tese é bastante geral. Mas ela é ao menos necessariamente correta se interpretada de forma a que liberdade jurídica de *a* de realizar, ou não, a ação *h* não deixa de ter valor – no sentido de ser inútil – para *a* se *a*, por razões fáticas, não tem a possibilidade de escolher entre a realização e a não realização de *h*.⁵⁴

Emergem, no paradigma de Estado Social, os chamados por Bonavides de direitos de segunda geração. Caracterizados por prestações positivas do Estado destinadas a dar novos contornos ao valor da igualdade,⁵⁵ consagrado desde o advento do liberalismo. É nesse compasso que o Estado passa a operar abastecimento de água, eletricidade, gás e transporte público, dentre outros, além de se dedicar, apenas como exemplo, à segurança social, espaços habitacionais, políticas de saneamento e política escolar.⁵⁶ “São direitos sociais, culturais e econômicos bem

⁵³ “Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13).

⁵⁴ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2015, p. 503.

⁵⁵ “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-la da razão de ser que os ampara e estimula”. (BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 564).

⁵⁶ “À medida que o projeto social avançava, as tarefas do Estado aumentaram em vez de diminuir”. (NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29).

como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social [...].”⁵⁷

A mudança de postura quanto à administração da justiça também é outro importante aspecto dessa nova conjuntura, pois agora “a preocupação com a justiça social cruza-se diversamente com as medidas favoráveis ao bem-estar, como nos domínios da previdência social e da proteção no trabalho”⁵⁸ e o Estado passa progressivamente a ser “administrador da justiça distributiva”.⁵⁹

O novo caráter de justiça distributiva, assumido pelo Estado, denuncia a preocupação na promoção do bem comum e a nova concepção de igualdade. E em contraponto ao liberalismo que se ocupava em garantir a igualdade no plano formal e o acesso a organismos de administração de conflitos, o acesso à justiça passa a “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁶⁰

O acesso à justiça, desde então, passa a ser compreendido como conjunto de ações jurídicas e políticas que visam conferir perfeita efetividade ao sistema jurídico, isto é, uma completa *igualdade de armas*. “Não por acaso se intensificaram as investigações no campo do processo, agora visto como um potencial *instrumento de transformação social*”.⁶¹ De tal sorte, fatores estranhos ao mérito jurídico das partes devem ser combatidos para não influenciarem – ou mesmo determinarem – a conclusão tomada na solução do conflito.⁶²

Animados pela nova ideologia de Estado os processualistas passam a se interessar pelos valores e efeitos sociais do processo. Uma nova moldura processual vem a lume na terceira fase metodológica do processo.

⁵⁷ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 564.

⁵⁸ ZIPPELIUS, 1971, apud BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 145.

⁵⁹ ZIPPELIUS, 1971, apud BASTOS, *Curso de teoria do estado e ciência política*, 1999, p. 145.

⁶⁰ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 12.

⁶¹ NUNES; TEIXEIRA, *Acesso à justiça democrático*, 2013, p. 29.

⁶² CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 15.

1.2.1 As influências do *Welfare State* na definição dos escopos do processo: o instrumentalismo (terceira fase metodológica)

Fixadas as bases firmes de autonomia do processo e o nascimento do direito processual já podiam os processualistas se dedicarem a outras preocupações. Influenciados pelo ideal de uma justiça distributiva, pela releitura dos Princípios da Liberdade e Igualdade e pela afirmação de direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos. A postura ativa do Estado Social foi levada ao processo trazendo com ela os ares de uma sociedade mais evoluída.⁶³ A efetividade é o vetor a orientar os reflexos do processo na realidade da vida extraprocessual.⁶⁴

A segunda fase metodológica deixou um vazio na ciência processual, fruto da própria falta de propósito do processo. A causa foi atribuída ao isolamento em relação ao direito material. Preservando indelével a autonomia do processo, o instrumentalismo propõe uma reaproximação com o direito material.⁶⁵

Consoante delineado linhas atrás o processo firmou sua autonomia a partir dos novos estudos sobre a *actio* romana. A teoria processual perpassada pelos valores individualistas do liberalismo elevou a ação ao centro do sistema. Centrava-se, pois, no privatismo da relação processual, haja vista a passividade do Estado.

Entretanto, experimentando o processo vestes publicistas, com o protagonismo na cena processual ocupado pelo Estado, o instrumentalismo desloca a jurisdição para

⁶³ “Numa sociedade mais evoluída, a tônica social será posta, depois, no rito do processo, e este ajustar-se-á ao sentir da coletividade. O indivíduo e seus anseios de justiça pouco ou nada valerão”. (LACERDA, *Teoria geral do processo*, 2006, p. 7).

⁶⁴ Vale o registro das palavras de Boaventura de Sousa Santos: “No que toca ao papel do direito e da justiça nas sociedades contemporâneas, impõe-se a seguinte pergunta forte: Se o direito tem desempenhando uma função crucial na regulação das sociedades, qual a sua contribuição para a construção de uma sociedade mais justa? A resposta fraca consiste em reduzir esta discussão ao âmbito do consenso global acerca da importância do Estado de direito e das instituições jurídicas para assegurar o desenvolvimento econômico. A busca por uma resposta forte exige que se ponha em causa este consenso hegemônico, indagando quais as condições para a construção de um novo senso comum jurídico e o seu papel para a emancipação social”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 33).

⁶⁵ “Pretende-se demonstrar que o cerne da questão, ou pelo menos um dos aspectos fundamentais dela, está na maior aproximação entre direito material e processo. As relações entre um e outro são intensas e o perfeito conhecimento do processo depende da correta identificação desse nexos”. (BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 21).

o centro da teoria processual.⁶⁶ Isso significa dizer que o processo visa a atender interesses e objetivos do Estado e não a eventuais direitos subjetivos das partes,⁶⁷ além da constatação de que é a partir da jurisdição que deveriam ser estudados os demais institutos fundamentais do processo.⁶⁸

Dinamarco, em obra dedicada à terceira fase metodológica do processo e referência no cenário processual brasileiro, ressalta que é necessário estabelecer os *propósitos* norteadores do processo (escopos) e, passo seguinte, traçar sua *utilidade*, porquanto apenas assim qualificar o processo como *instrumento* (meio para alcançar um fim) deixará de ser uma noção vaga e que pouco acrescenta ao conhecimento.⁶⁹

Já se anuncia, dessarte, uma releitura de institutos processuais elaborados sob o prisma tecnicista na medida em que se deve voltar os olhos para a realidade social para dali conceber os escopos e a utilidade do processo. O processualista empresta sua atenção para o que existe fora do processo, para que em verdadeiro diálogo dos planos, possa o processo influenciar a vida social ao mesmo tempo em que é influenciado por ela. Com efeito, “o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz.”⁷⁰

O instrumentalismo rejeita o processo enclausurado. Subjugado por um sistema fechado, que se perde em elucubrações estéreis. O processualista deve admitir como premissa um sistema aberto e se atentar, com respeito e senso crítico, às influências sociais e políticas, situando-as ao lado da técnica jurídica.⁷¹ Nessa toada, discorre Dinamarco, em obra já referenciada, que a jurisdição apresenta escopos sociais, políticos e jurídicos.

⁶⁶ Somando-se a esse argumento também destaca Dinamarco que a *ação* não poderia ocupar o centro do sistema porque não serve a uma teoria geral de processo, mas apenas ao processo civil. Não há sentido situar a *ação* em sobrançeria no processo penal, pois não é ela, mas o sistema que confere proteção ao acusado. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 94). No mesmo sentido Mitidiero: “Processo como instrumento mais aderente ao direito material, de matriz constitucional, e com a jurisdição posta como novo polo metodológico do direito processual civil” (MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 36).

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 11.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 299-300.

⁶⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 181.

⁷⁰ BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 21.

⁷¹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 188.

Quanto ao escopo social cumpre ao processo “*eliminar conflitos mediante critérios justos.*”⁷² Anota o referido autor ser esse “o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.”⁷³

Antes de fixar os escopos políticos da jurisdição Dinamarco adverte os juristas que o processo apresenta fins políticos, uma vez que dele se serve o Estado para a consecução de seus objetivos que “se situam por detrás da própria lei.”⁷⁴ Pontua como escopos políticos o próprio exercício da jurisdição como manifestação de poder do Estado,⁷⁵ o *culto à liberdade*⁷⁶ e a *participação democrática*.⁷⁷

O escopo jurídico é concebido à vista do caráter técnico do processo. No ponto não perdeu relevância a dicotomia estabelecida entre as correntes unitária e dualista do processo, ainda na gênese do *processualismo*. Registra o multicitado autor que o escopo jurídico da jurisdição pode ser sintetizado na “atuação da vontade concreta da lei.”⁷⁸

⁷² DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 196.

⁷³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 196.

⁷⁴ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 206. Cabral assinala: “A jurisdição é uma destas faces ou funções do poder estatal. Esta perspectiva funcional da jurisdição (o processo como meio a serviço de fins estatais), que de todo ilumina o movimento da instrumentalidade, importa na consagração do exercício da função jurisdicional também como caminho para obtenção dos escopos políticos do Estado Democrático de Direito”. (CABRAL, Antônio do Passo. *Contraditório*. In: TORRES, Sílvia Faber (Sup.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier: 2011, p. 197).

⁷⁵ “Havendo decidido, produz efeitos imediatos sobre a situação das pessoas e em certa medida espera que cada um pautar seu comportamento segundo os ditames da decisão imperativa”. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 206).

⁷⁶ “O Estado democrático faz a solene promessa de observá-la e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns”. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 207).

⁷⁷ “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar a democracia”. Faz o autor menção expressa a Ação Popular e às tutelas coletivas do meio ambiente. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 208).

⁷⁸ “Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição’ das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra no caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação”. (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2002, p. 255).

Bedaque, entretanto, apresenta ponto de discordância. Sustenta que o jurídico é o único escopo do processo. Estabelece, pois, um critério de aferição, qual seja, a relação de (i)mediatidade entre os escopos e a atividade jurisdicional e uma relação de continente e conteúdo.⁷⁹

Galeno Lacerda, que é apontado como precursor da compreensão instrumental do processo,⁸⁰ destaca a *adequação* como pressuposto para um processo verdadeiramente efetivo, alertando que ela se apresenta sob tríplice aspecto: *subjetivo, objetivo e teleológico*.⁸¹

E nesse compasso, Barbosa Moreira enuncia duas valiosas diretrizes sensibilizadoras dos processualistas da geração pós-*processualismo* na temática da efetividade social do processo. Para a primeira “será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”. A segunda, de maneira ainda mais direta com o escopo desta pesquisa, considera que o processo deve ser espaço que permita “aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais”.⁸²

Tal como o processo o acesso à justiça ganha nova roupagem no instrumentalismo. Com a atenção agora voltada para elementos extraprocessuais torna-se relevante, por exemplo, a aferição das condições econômicas e sociais das partes, aqui compreendido o nível de educação em direitos que possuem, condições financeiras,

⁷⁹ “Parece, pois, que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los mediante o desenvolvimento de todas as suas funções, incluindo a executiva e a administrativa.

Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo”. (BEDAQUE, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2011, p. 73)

⁸⁰ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 35.

⁸¹ “Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho forçosamente não se identificava com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos”. (LACERDA, *Teoria geral do processo*, 2006, p. 20).

⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, vol. 105, p. 181-190, jan./mar. 2002. p. 181.

a maior ou menor dificuldade de acesso a organismos de prevenção de litígios e composição de lides, a familiaridade com o processo e o ambiente forense.

O esforço voltado para o conhecimento aprofundado dos sujeitos processuais é medida imprescindível para o cumprimento dos escopos da jurisdição. Outrossim, a adequação do instrumento para consecução de seus fins (técnicas processuais ajustadas) também é fundamental para o alcance dos propósitos do processo, haja vista que “o respeito à forma é fundamental, mas deve ser orientada por uma visão teleológica”.⁸³

O acesso à justiça na terceira fase metodológica está muito longe de se resumir no ingresso com uma demanda em organismo oficial de solução de litígios. É a tônica do esforço que se convencionou chamar de *movimento universal de acesso à justiça*.

1.2.1.1 O movimento universal de acesso à justiça

Mauro Cappelletti e Bryan Garth em relatório conclusivo do Projeto Florença (1978), que se transformou em consagrada obra desde a sua gênese e que ainda conserva a sua atualidade, atributo específico das obras clássicas, destacam a necessidade do diálogo do Direito com outras áreas do conhecimento e as características fundamentais de um sistema jurídico, quais sejam, deve ser acessível a todos, igualmente, e deve produzir resultados individuais e sociais justos.⁸⁴

O diagnóstico indica que reformas profundas devem ocorrer no sistema jurídico e, para tanto, os autores argumentam no sentido de que se deve desconsiderar a imutabilidade de qualquer procedimento ou instituição, todavia, construções processuais seculares como contraditório e imparcialidade do juízo, situadas na essência da teoria processual, devem ser preservadas.⁸⁵

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos et al (Org.). *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 5.

⁸⁴ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 07-08.

⁸⁵ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 163-164.

A partir de dados colhidos em diversos países de variados perfis culturais foram apontados no relatório de Florença três problemas que se revestem em obstáculos que impedem, total ou parcialmente, o acesso à justiça. Tais óbices foram sintetizados em três grandes grupos, a saber: *custas judiciais, possibilidades das partes e problemas especiais dos interesses difusos*.⁸⁶

Como soluções, ou respostas, a esses problemas os pesquisadores propuseram as denominadas “ondas” de acesso à justiça, sendo elas: *a assistência judiciária para os pobres, representação dos interesses difusos e um novo enfoque de acesso à justiça*.⁸⁷

A *primeira onda* deveria ir muito além da isenção de taxas e emolumentos para os pobres, anotam os autores do relatório. Abordam a preocupação com a *educação em direitos* e o modelo de assistência judiciária. Registram a existência do chamado sistema *judicare*, dos *advogados remunerados pelos cofres públicos* e um sistema híbrido, fruto da combinação de ambos: o primeiro para a tutela de direitos e interesses individuais e o segundo para os coletivos (o pobre enquanto “classe”).⁸⁸

A *segunda onda de acesso à justiça* denominada no Projeto Florença de *Representação dos Interesses Difusos* tem por escopo enfrentar o obstáculo das chamadas “demandas de massa”, cujo problema deita raízes, como dito alhures, no fato de que a violação de um direito em relações jurídicas com tais características pode significar, por sua própria natureza, um dano que extrapola a esfera individual para alcançar a coletividade, mas o vilipêndio desse direito significa atingir de maneira quase insignificante o patrimônio (material ou moral) do indivíduo. Tal circunstância é desmotivadora, uma vez que o indivíduo, em regra, ao cotejar o possível ganho com o sucesso da demanda com o custo financeiro e temporal para o acesso à justiça decide por não demandar.⁸⁹

⁸⁶ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988.

⁸⁷ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988.

⁸⁸ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988.

⁸⁹ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988.

É nesse cenário – de relações jurídicas de massa x comportamento individual tendencialmente omissivo – é que se verifica a relevância da temática abordada nesta segunda onda de acesso à justiça.

No Projeto Florença foram identificadas algumas possibilidades dessa representação anotando-se os modelos encontrados nos Estados pesquisados. A mais singela é a representação conferida aos indivíduos, isoladamente, para a tutela de direitos difusos.⁹⁰ Veja-se que esta espécie não é desconhecida no modelo brasileiro basta, para tanto, anotar a existência da Ação Popular entre nós.⁹¹

Outras possibilidades de representações são aquelas conferidas ao próprio ente estatal diretamente ou entes coletivos, como associações ou sindicatos. E, por fim, a instituição de organismos oficiais, dotados de autonomia em relação ao ente público central e independência na atuação de seus membros, para a tutela dos interesses dessa natureza.⁹²

A terceira e última das respostas dadas no Projeto Florença aos problemas de acesso à justiça também é a de dimensão mais ampla e de caminhos mais ousados. Trata-se do que Cappelletti e Garth decidiram nominar, conforme tradução para o português, de *ênfase do acesso à justiça*.⁹³ Nesta etapa, sem se descuidar das anteriores, foram elaboradas propostas tendentes à universalização do acesso à justiça, tal como devem ser abordados os temas afetos aos direitos humanos.

O enfrentamento do obstáculo, com efeito, passa por questões estruturais de variadas formas, seja na estrutura física de organismos promotores de acesso à justiça, na estrutura de carreiras institucionais seja, até mesmo, na revisão de procedimentos.⁹⁴

⁹⁰ “A Técnica do Procurador-Geral Privado” (CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 55).

⁹¹ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁹² CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 51-66.

⁹³ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 68.

⁹⁴ “Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. (Destques do original). (CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 68)

Acerca da nova dimensão dada à compreensão de acesso à justiça a partir do final da década de 1970 Marc Galanter minuta:

A expressão “Acesso à Justiça” adquiriu seu sentido atual no fim da década de 1970. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais governamentais. No discurso pós-Segunda Guerra Mundial, ocasionalmente surgia como descrição do objetivo e dos benefícios da assistência judiciária, ou como meio de se assegurar a isonomia perante a lei. No fim dos anos 1970, contudo, a expressão adquiriu um novo e mais amplo significado: a possibilidade de se fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar justiça.⁹⁵

Uma premissa, que permeou todo o relatório, aqui se faz presente de maneira ainda mais destacada, para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária é necessário dar às pessoas comuns, notadamente aos pobres, o ferramental necessário para a conscientização em direitos e para a respectiva efetivação.⁹⁶

1.3 PREMISSAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Assinala Dalmo de Abreu Dallari que para se formar a noção completa de Estado Democrático é preciso estudar os Estados que se organizaram para serem democráticos. Compreendendo-se, desta feita, a noção de Estado Democrático Constitucional.⁹⁷

A democracia tem raízes na reação ao absolutismo monárquico que dominou a Europa do final da sociedade feudal até o século XVIII. Os paradigmas de Estado vistos até aqui também invocavam valores democráticos, processo reacionário natural ao absolutismo dado o antagonismo de ideais.⁹⁸

⁹⁵ GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. ABraSD, Porto Alegre, v. 2, n.1, p. 38, jan./jun. 2015.

⁹⁶ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 91.

⁹⁷ DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 2005, p. 146.

⁹⁸ “A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade”. (DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 2005, p. 151).

Entretanto, o que chancela o Estado Democrático Constitucional como paradigma a ser colocado ao lado dos anteriores é a reconfiguração conferida aos Princípios da Liberdade⁹⁹ e da Igualdade,¹⁰⁰ além da amplitude dada a princípios atinentes à solidariedade social. O Estado Democrático Constitucional, com o ideal de *governo do povo*,¹⁰¹ representa uma síntese entre os valores liberais e do *Welfare State*, todavia, com avanços significativos na tutela e promoção de valores tanto individuais quanto coletivos.

Darcy Azambuja, em passagem pela sua Teoria Geral do Estado, expressa a sua impressão e a de outros acerca do regime democrático:

E quase todos admitiram que a democracia é um sistema de técnicas políticas e de valores que pode dar, se não a solução, o processo adequado para a solução pacífica e racional dos problemas sociais, o ambiente ótimo para o desenvolvimento da pessoa humana e as condições indispensáveis às relações fraternais entre os povos.¹⁰²

Não obstante, a democracia apresenta contradição situada na sua essência. Bobbio assinala que o mais correto seria falar de soberania dos cidadãos e não soberania popular, justamente pelo fato de não se poder precisar, ao certo, qual parcela dos indivíduos que vivem em um território está abrangida pelo termo “povo”, dada a sua ambiguidade. Em conclusão preliminar, anota: “Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna”.¹⁰³

⁹⁹ “O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental”. (KRIELE, 1980, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. HC nº 82.424-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, julgado em: 17 set. 2003. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 188, n. 3, p. 858-1082, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/188_3.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁰⁰ “Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (por exemplo, no direito de todos de ter acesso à jurisdição comum ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento), a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 41).

¹⁰¹ DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 2005, p. 145.

¹⁰² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Globo, 2008. p. 339.

¹⁰³ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 47.

E prossegue o autor, ceticamente, afirmando que é equivocada a compreensão da sociedade como um organismo, pois nada mais é do que a soma de indivíduos¹⁰⁴, portanto, “concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição”.¹⁰⁵

Ainda que claudicante entre o agir sempre individualista dos membros da sociedade e a exigência de compreensão do corpo social como um todo orgânico, uno e indivisível, o Estado Democrático Constitucional avança no aprimoramento das liberdades públicas. A consagração de um devido processo constitucional legislativo, administrativo ou judicial é um exemplo a ser citado.¹⁰⁶ O processo previamente concebido e constitucionalmente assegurado é garantia do indivíduo contra o arbítrio, porquanto “Democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais.”¹⁰⁷

Também é nesse paradigma de Estado que se firma uma nova gama de direitos oriundos da concepção de *direitos de fraternidade* ou *solidariedade*. Situados além do binômio liberdade-igualdade não se destinam ao reconhecimento de direitos ou proteção de interesses individuais, de grupo ou do próprio Estado.¹⁰⁸

¹⁰⁴ “Se não fosse assim, não teria nenhuma justificação o princípio da maioria, o qual, não obstante, é a regra fundamental de decisão democrática. E a maioria é o resultado de uma simples soma aritmética, onde o que se soma são os votos dos indivíduos, um por um”. (BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 47).

¹⁰⁵ BOBBIO, *A era dos direitos*, 2004, p. 47.

¹⁰⁶ “Conseqüentemente (*sic*), a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo constitucionalmente institucionalizado, seja um devido processo legal legislativo, seja um devido processo legal administrativo ou jurisdicional. No espaço da função jurisdicional, cumpre dar relevo à fundamentação (substancial) das decisões, vinculadas aos cânones da ciência jurídica (dogmática conceitual, dogmática hermenêutica, dogmática da decisão e a dogmática dos valores, que se tenta sistematizar) e aos controles políticos institucionalizados pela soberania popular. Conseqüentemente (*sic*), a validade das decisões dos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo legal constitucionalmente institucionalizado”. (PASSOS, *A função social do processo*, 1997, p. 56). E mais adiante prossegue o mesmo autor: “No Estado de Direito Democrático há um processo legítimo de produção do Direito e somente ele é admissível e somente ele legitima os operadores que nesse processo se inserem. Função do processo jurisdicional, portanto, sempre foi e será, a aplicação, ao caso concreto, da decisão política previamente posta pelo poder político institucionalizado como expectativa compartilhada”. (PASSOS, *A função social do processo*, 1997, p. 58-59).

¹⁰⁷ PASSOS, *A função social do processo*, 1997, p. 56.

¹⁰⁸ São os chamados por Bonavides de direitos de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 569).

O processo ganha novos escopos oriundos de uma dupla finalidade. Uma dirigida às partes e outra à sociedade:

Do ponto de vista do Estado Constitucional, o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes. Daí que a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem uma dupla direção: dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral. Os meios de que se vale o processo para obtenção desse escopo são igualmente dois: a decisão justa – acompanhada, em sendo o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o precedente judicial. Pode-se tutelar os direitos no processo, portanto, tanto em uma dimensão particular como em uma dimensão geral.¹⁰⁹ (destaques no original)

Outrossim, o avanço sistemático da globalização e com ela uma concepção universal de economia, política, cultura e práticas jurídicas foi o germe para o nascimento de novos direitos, nominados de direitos de quarta geração.¹¹⁰

Nesse contexto, experimenta o acesso à justiça substancial alargamento na amplitude de sua compreensão. A noção tímida exposta no liberalismo – em que acessar a justiça equivaleria a deduzir pretensão perante organismo de solução de litígios por aqueles que poderiam pagar – avança no Estado Social fundada na nova roupagem conferida ao Princípio da Igualdade, que passa a trazer consigo a adjetivação *substancial*, base no giro para a justiça distributiva.

Sem embargo, o acesso à justiça no Estado Democrático Constitucional está alicerçado na Dignidade da Pessoa Humana,¹¹¹ na solidariedade social e na própria democracia, porquanto acessar justiça e exercício de direitos em ambiente democrático estão de tal forma imbricados que já não é possível conceber um sem o

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 255.

¹¹⁰ “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 571).

¹¹¹ Princípio consagrado como fundamental e com compreensão densificada nesse paradigma de Estado. Consoante Barroso: “Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III)”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 407-408).

outro. A possibilidade de acessar justiça deve ser ampla, efetiva e universal, isto é, livre de obstáculos de toda a ordem (econômicos, religiosos, de orientação sexual, dentre outros) só assim estar-se-á garantindo preceitos a um só tempo democráticos e solidários.

Em suma síntese, acesso à justiça é, sob a regência dessas premissas, fazer uso de mecanismos eficientes, no âmbito judicial ou fora dele, na tutela e implementação de direitos individuais e coletivos, efetivação de políticas públicas e tratamento adequado de conflitos.

1.3.1 A quarta fase metodológica do processo: o formalismo-valorativo

A quarta fase metodológica do processo, denominada formalismo-valorativo,¹¹² é fruto da revolução hermenêutica pela qual passou o Direito na segunda metade do século XX.¹¹³ Marco fundamental desse movimento é a consagração da pauta da *juridicidade*¹¹⁴ no direito contemporâneo, substituindo a pauta da legalidade dominante outrora.¹¹⁵ Com isso, circunstância comum tanto ao direito material quanto ao processual é o fato de que “ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei”.¹¹⁶

Destaca Mitidiero que esse conformismo não compactua com o Estado Constitucional no Brasil, à vista da circunstância de que o sistema jurídico merece “incessante interpretação conforme aos direitos fundamentais, instrumentos

¹¹² A partir da 3ª edição do seu “Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógico e éticos”, Daniel Mitidiero abandona a denominação “formalismo-valorativo” e passa a adotar a terminologia “processo civil no Estado Constitucional” sem, contudo, abandonar as premissas já sustentadas.

¹¹³ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 39.

¹¹⁴ “A pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta automaticamente à ideia de justiça, a qual forma o substrato material ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais do Estado Constitucional”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 239-240).

¹¹⁵ “Não se pode mais sustentar que o juiz, diante do direito material e do direito processual, encontre-se atado a uma pauta de legalidade”. (MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 40).

¹¹⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 40.

fundamentais para a construção, em concreto, de um processo verdadeiramente justo”.¹¹⁷

A constitucionalização do processo, esforço de inserir princípios e garantias processuais no texto constitucional, a expansão da jurisdição constitucional, a exigência de diálogo constante e frutífero entre o processo e os direitos fundamentais, inclusive na perspectiva da dupla eficácia dos planos (vertical e horizontal), a ampla adesão à perspectiva do processo perpassado por valores de justiça, maior grau de maturidade democrática, o alargamento dos espaços de exercício da cidadania, dentre outras transformações da cultura sociojurídica, foram responsáveis por conduzir ao processo diretrizes de cooperação, lealdade, eficiência e efetividade, na organização, interpretação e aplicação das normas processuais.¹¹⁸

Nessa mesma sorte, anota Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social [...]. De um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.¹¹⁹

O formalismo-valorativo aponta para uma nova moldura metodológica do processo. O clássico trinômio ação, jurisdição e processo, base da teoria geral, é ponto de partida para a compreensão do rompimento com o instrumentalismo e, de tal sorte, inauguração desta que é a quarta fase.

Conforme consignado linhas atrás os processualistas da fase *autonomista* ou do *processualismo* concentraram atenção nos estudos sobre a ação. No *instrumentalismo*, firmada a autonomia do direito processual em relação ao material, a jurisdição foi elevada ao centro da teoria processual, conforme referência já feita.

¹¹⁷ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015, p. 41.

¹¹⁸ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 145.

No *formalismo-valorativo* chega a vez do processo ocupar a maior parte da atenção dos processualistas, dessarte, é ele o centro da atual teoria processual.¹²⁰

A mudança operada – da jurisdição para o processo – é explicada pela nova perspectiva dialética conferida ao processo, em razão dos influxos recebidos por aqueles valores acima referidos, catalizadores da posição das partes na relação processual, na medida em que, em verdadeira relação cooperativa pautada na boa-fé objetiva entre todos os atores processuais, passam a dividir o protagonismo com o juiz.¹²¹

Alçar o processo ao centro da teoria processual, no lugar antes ocupado pela jurisdição (no instrumentalismo), estabelece a premissa fundamental de que os demais institutos fundamentais do processo merecem ser revisitados a partir dessa perspectiva e não da jurisdição, como outrora sustentado. A ótica *formalista* da teoria impõe a organização do processo¹²² a partir dessa releitura.

Nessa vereda, ainda que no instrumentalismo se admitisse a participação efetiva das partes na construção da decisão justa,¹²³ não se vislumbrava a possibilidade de compartilhamento da prerrogativa de condução do processo. Isso porque, ao que parece, o instrumentalismo afirmava a autoridade do juiz e assentava que é dessa autoridade que decorria tal prerrogativa. Sem de todo negar a premissa firmada, o processo civil do formalismo-valorativo, ainda mais oxigenado pela abertura do processo a realização de direitos fundamentais e na busca com ainda maior determinação da decisão efetiva e justa, admite que a atuação das partes se espraie

¹²⁰ MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 22-32.

¹²¹ “Daí a afirmação, pelos adeptos do formalismo-valorativo, de que um modelo ideal de processo seria aquele em que o magistrado é *paritário no diálogo* (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento das razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e *assimétrico apenas na decisão* (o que significa dizer que o magistrado, após considerar e enfrentar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio) [...]”. Destaques no original. (MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Edição digital. Volume X. Número 3. Porto Alegre, 2015, p. 273-274).

¹²² “O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 149-150).

¹²³ BEDAQUE, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, 2016, p. 9.

para a condução do processo. A possibilidade de calendarização processual (art. 191, CPC) parece improvável na terceira fase metodológica.

Também é importante anotar que o formalismo-valorativo concebe o processo sob uma perspectiva sensivelmente diversa do instrumentalismo. Enquanto esta teoria se apropria das técnicas processuais, sob um ponto de vista finalístico, para a realização do direito material pré-concebido, aquela se mostra confortável em admitir o uso das técnicas para, partindo do direito material pressuposto, proceder a verdadeira construção do direito do caso concreto, eis o caráter *valorativo*.¹²⁴ Retroalimentação configurada na circularidade entre os planos.¹²⁵

Essas são as premissas basilares do processo nessa quarta fase metodológica.¹²⁶ A presente pesquisa está permeada por essas noções essenciais, haja vista ser essa a atual fase processual, consentânea ao paradigma de Estado vivenciado, e em franca harmonia com o tema proposto. Razão pela qual se explica, doravante, o constante retorno às diretrizes do formalismo-valorativo aqui anunciadas, inclusive com maiores reflexões em pontos sensíveis de desenvolvimento do trabalho.

¹²⁴ “O formalismo-valorativo, por sua vez, sustenta que o Direito é construído (criado) no contexto da aplicação dos textos normativos aos casos concretos, mormente no processo judicial (do que resulta a identificação do processo como ambiente de criação do Direito), sob a mediação do formalismo que lhe é característico (do que resulta a atribuição ao processo - e não à jurisdição - de uma posição central na Teoria)”. (MADUREIRA, *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*, 2015, p. 265).

¹²⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 340.

¹²⁶ Cláudio Madureira anota que o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou essa nova fase da teoria processual, sustentando a premissa nos seguintes termos: “Esse processo dialógico projetado pelos formalistas-valorativos foi adotado pelo legislador do Código de 2015; que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar todos os fundamentos deduzidos pelas partes* no processo e que possam infirmar a conclusão adotada no julgamento (art. 489, p. 1º, IV), ou que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte*, que seja aplicável ao caso e que não tenha sido superado (art. 489, p. 1º, VI); e que prescreve que o desatendimento a essas imposições normativas suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos declaratórios (art. 1.022, p. único, II). Tamanha foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao processo civil brasileiro que vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (art. 10) e fatos (art. 473, p. único) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, orientando aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere”. (MADUREIRA, *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*, 2015, p. 276-277).

Todavia, antes é preciso situar o personagem central deste arrazoado no cenário que se propõe delinear, o vulnerável processual reclama atenção, porquanto ocupa grande parcela de nossas preocupações.

2 O CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL DO REGIME DEMOCRÁTICO INAUGURADO EM 1988 E O ENFRENTAMENTO DA VULNERABILIDADE PROCESSUAL

“Para entender realmente o direito é necessário conhecer, em primeiro lugar, a natureza daquele que o concebeu para seu melhor desenvolvimento, o homem, e, para tanto, quanto mais se conheça a natureza do homem, mais se conhecerá seu produto, o direito”.¹²⁷

Antes de se proceder ao cotejo dos valores fundantes do formalismo-valorativo com o molde processual plasmado no atual código, mister tratar de outro ponto que também constitui eixo fundamental deste ensaio, pavimentando o caminho que levará ao ponto central da temática proposta.

A vulnerabilidade é assunto que merece ser abordado com detida atenção. Como adiante se verá, essa circunstância deságua na relação processual e pode influenciar seus rumos a ponto de subverter suas premissas, promovendo o processo a instrumento oficial de propagação de arbitrariedades.

2.1 VULNERABILIDADE: PREMISSAS METODOLÓGICAS

O Direito, no plano ideal, serve ao corpo social na medida em que assegura, com a característica impositiva que lhe é peculiar, a cada um de seus membros o ambiente propício para o desenvolvimento de suas potencialidades.

O pressuposto inicial para que alguém experimente esse ambiente é o reconhecimento, ou ainda melhor, o autorreconhecimento.¹²⁸ Com isso quer se dizer que uma pessoa só perseguirá, de fato, todas as qualidades, condições e

¹²⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 174.

¹²⁸ Se referindo ao reconhecimento recusado como forma de desrespeito Axel Honneth escreve: “Conceitos negativos dessa espécie designam um comportamento que não representa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade de ação ou lhes inflige danos; pelo contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva”. (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 213).

circunstâncias almejadas se, primeiramente, se reconhecer como integrante, isto é, experimentar sentimento de pertencimento. Pertencer a uma sociedade, um grupo ou a um simples ambiente é resultado da correspondência do juízo que se faz de si com aquilo que se encontra no plano externo.

Axel Honneth assinala a relação entre vulnerabilidade e desrespeito, com destaque para a conexão entre identidade pessoal - aquilo que o indivíduo elege como suas características essenciais - e reconhecimento - a identificação dessas características pelo outro e o esperado respeito: “É do entrelaçamento interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resulta aquela vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificada com o conceito de ‘desrespeito’”.¹²⁹

Valiosa é a passagem escrita em coautoria por Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, em coletânea dedicada ao tema da vulnerabilidade. Anotam que é preciso assegurar o reconhecimento, sob pena de se incorrer em indeterminação individual do sujeito.¹³⁰ Com conotação de Teoria Geral do Direito, visto a capilaridade e generalidade dos termos empregados na construção da assertiva, anotam os citados autores, já em contexto de reconhecimento espacial adequado, não obstante a alusão expressa ao Direito Civil:

Torna-se, portanto, imprescindível buscar a implementação de um contexto comunicativo que tenha como escopo assegurar, de modo efetivo, as expectativas dos interlocutores. Assim, a identificação da vulnerabilidade no Direito Civil não se dá *ex ante*, mas pressupõe a análise da possibilidade participativa da pessoa no processo de autodeterminação.¹³¹

A negação do reconhecimento viola a dignidade¹³² na medida em que usurpa da pessoa o desiderato natural de criar e perseguir ambições particulares ou coletivas.

¹²⁹ HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, 2003, p. 213.

¹³⁰ “Identificada a vulnerabilidade, necessário assegurar reconhecimento, de modo a permitir que todos possam assumir as coordenadas da própria personalidade. Como consequência à frustração do reconhecimento, surge a patologia normativa da indeterminação individual.” (SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática*. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 3).

¹³¹ SÁ; MOUREIRA, *Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática*, 2017, p. 3.

¹³² “Logo, quando falamos de dignidade concreta devemos distinguir duas variantes. Uma vem da percepção de cada sujeito sobre a sua dignidade pessoal; outra, que é manifestação exterior, que vem de fora, que se constrói pelos ‘outros’ e pelo o que eles pensam de nós. A primeira está

A humilhação social é o resultado do ciclo de violações. E se construída a partir de uma imposição de passividade ao sujeito instaura uma relação perigosa, uma vez que se “não há reconhecimento, apaga-se o respeito e qualquer reciprocidade é impossível, portanto, até mesmo a responsabilidade comum passa a ser inexigível”.¹³³

A autoconcepção do ser, isto é, sua própria compreensão intersubjetiva, e a possibilidade de sua projeção no cenário social experimentado, cujo resultado é a noção de pertencimento, é a premissa base que se propõe ao combate da vulnerabilidade, cujos tentáculos entranham no Direito e se espraiam para a relação processual. E, com efeito, deve o ordenamento processual ser dotado de técnicas adequadas para assegurar esse ambiente próprio e, igualmente, se uma vez quebrada essa premissa, deve emergir o ferramental necessário para restabelecê-la.

Retomando a lição de Honneth, no ponto que estabelece a correlação entre vulnerabilidade e desrespeito, acrescenta-se que a privação de direitos¹³⁴ é o fio condutor para a situação de exclusão.

Desse modo, o não reconhecimento de direitos implica frustrar expectativa naturalmente criada. A concepção intersubjetiva do indivíduo é colocada em descompasso com os fatores externos a ele. Emergem sentimentos de desrespeito e humilhação sociais quando a negativa se dá à margem do ideal de pertencimento. O indivíduo é situado fora da coletividade que julgava ser membro, escancarando-

imbricada na nossa autoestima, resultado de nossa autoconsciência que se torna imagética: a imagem que tenho de mim mesmo. A segunda tem a ver com a alteridade, com a representação e com a imagem que posso reproduzir no outro, ou que o outro vê em mim”. (MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 25).

¹³³ MOLINARO, *Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia?*, 2016, p. 27.

¹³⁴ “De início, podemos conceber como “direitos”, *grosso modo*, aquelas pretensões individuais cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral da mesma medida que aos outros membros da sociedade”. (HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, 2003, p. 216).

se, desta feita, os requisitos de admissibilidade no grupo que não podem por ele ser preenchidos. Legítimo *outsider*.¹³⁵

O não reconhecimento retira da pessoa a qualidade de participante daquele consenso original em que princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são estabelecidos, passo anterior à celebração do contrato social na lição de John Rawls.¹³⁶

Em suma, a negação de acesso a direitos catalisa o não pertencimento, mola propulsora da vulnerabilidade. E é na própria vulnerabilidade que a negação de direitos vem se alimentar, fortalecendo-se para expandir seus domínios, verdadeira simbiose de retroalimentação.

O desafio proposto e já enfrentado pelas sociedades evoluídas é afastar os aspectos de humilhação reconhecendo indivíduos ou grupos como integrantes do corpo social,¹³⁷ conferindo-lhes capacidade de interferência na definição de políticas públicas sociais e econômicas. Trata-se de se buscar *experiências de reconhecimento*, conforme Boaventura de Sousa Santos:

Trata-se de diálogos e conflitos possíveis entre sistemas de classificação social. Nas margens ou nos subterrâneos dos sistemas dominantes – natureza capitalista, racismo, sexismo e xenofobia – existem como disponíveis ou possíveis experiências de natureza anticapitalista – ecologia anticapitalista, multiculturalismo progressista, constitucionalismo multicultural, discriminação positiva sob a forma de direitos coletivos e cidadania pós-nacional e cultural.¹³⁸

¹³⁵ Nas palavras de Becker: “Venho usando o termo ‘outsiders’ para designar pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros ‘normais’ do grupo”. (BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 27).

¹³⁶ “Assim, devemos imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade”. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 12-13).

¹³⁷ “As sociedades evoluídas, que compartilharam as lições da História e adquiriram conhecimento, estão cada vez mais apetrechadas para fazer valer os direitos dos agravados, dos prisioneiros e dos condenados, enfim dos mais vulneráveis, dos mais desassistidos. É neles que com maior nitidez, avulta a dignidade concreta, atribuída que se via tornar princípio e regra em normativos éticos ou jurídicos, pois se baseia em nada mais que não seja no ser humano atribuído de dignidade”. (MOLINARO, *Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia?*, 2016, p. 27).

¹³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 260, out. 2002.

A criação desse ambiente propício é própria dos regimes efetivamente democráticos e um importante passo para romper o ciclo antes noticiado.

2.2 A VULNERABILIDADE PROCESSUAL

O reconhecimento das diferenças é fundamental para o adequado tratamento do vulnerável, uma vez que é “insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata”,¹³⁹ isto é, “a busca pela proteção dos vulneráveis representa o comprometimento com o reconhecimento e preservação da diversidade.”¹⁴⁰

Essas diferenças a serem observadas se revelam, a um só tempo, causa e efeito da vulnerabilidade. Isso porque é a diferença o próprio fator fragilizante, enquanto também é a debilidade fruto do tratamento marginal. Por conseguinte, a vulnerabilidade se revela “um estado da pessoa, um estado inerente de risco [...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.”¹⁴¹

Por oportuno, é importante destacar que não se desconhece os diversos “tipos” de vulnerabilidade anotados pela doutrina.¹⁴² Entretanto, dado o corte metodológico proposto e a delimitação do objeto desta pesquisa, o foco se dará apenas na vulnerabilidade jurídica, mais especificamente na vulnerabilidade processual. Causas de vulnerabilidade ligadas a fatores não jurídicos e situadas em ambiente extraprocessual só se mostram relevantes nesta investigação enquanto refletirem na relação processual. Apenas nesse ambiente serão consideradas.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 37.

¹⁴⁰ FIÚZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 11.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112.

¹⁴² Insuficiência econômica (hipossuficiência), óbices geográficos, debilidades na saúde, desinformação pessoal (ignorância sobre o direito material ou desconhecimento sobre normas processuais), dificuldades na técnica jurídica (ausência de advogado ou deficiências na atuação probatória), incapacidade de organização: vulnerabilidade organizacional. (TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 190-218).

Cumpra registrar neste ponto o entendimento sufragado por Fernanda Tartuce, dentre outros, a preferência pelo emprego do termo vulnerabilidade a hipossuficiência. A relação é de continente, aquela, e de conteúdo, esta. Hipossuficiência está adstrita ao fator econômico, não obstante o embaralhamento no Código de Defesa do Consumidor.¹⁴³

A vulnerabilidade jurídica, consoante as Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade,¹⁴⁴ foi vazada nos seguintes termos:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan adverte que grupos vulneráveis formados por mulheres, crianças, populações afrodescendentes, povos indígenas, migrantes e pessoas com deficiência, dentre outros, devem ser vistos nas “especificidades e peculiaridades de sua condição social”.¹⁴⁵

Nessa vereda é que Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem afirmam que os direitos fundamentais conferidos à criança e ao adolescente, aos idosos, aos consumidores, e à proteção aos portadores de necessidades especiais e às futuras gerações, só ganham sentido a partir do reconhecimento de “situações estruturais de desigualdade e se protejam os vulneráveis”.¹⁴⁶ Ainda, citando Reinhold Zippelius,

¹⁴³ TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, 2012, p. 183. No mesmo sentido MARQUES; MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012.

¹⁴⁴ Documento elaborado na XIV edição do “Cumbre Judicial Iberoamericana”, contando com a contribuição da Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos, da Associação Interamericana de Defensorias Públicas, da Federação Iberoamericana de Ombudsman, da União Iberoamericana de Colégios e Associações de Advogados. (CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁴⁵ PIOVESAN, *Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção*, 2016, p. 37.

¹⁴⁶ MARQUES; MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012, p. 129. E prosseguem os referidos autores: “A noção de vulnerabilidade no direito associa-se a identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições

asseveram que “o direito deve ser um instrumento para uma organização social justa e equilibrada (*zweckmafsiger und gerechter Sozialgestaltung*)”.¹⁴⁷ E ainda sobre a interação Direito e sociedade: “Seguindo esta visão idealista, as normas jurídicas – todas – são instrumentos que ajudam a determinar a realidade social, conforme os objetivos considerados justos e desejáveis para aquela sociedade”.¹⁴⁸

Registradas as pessoas consideradas juridicamente vulneráveis o mesmo documento aprovado na Conferência Judicial Iberoamericana¹⁴⁹ elenca as causas de vulnerabilidade:

Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

A abordagem sociológica da pessoa, considerada a complexidade de suas circunstâncias, antecede a sua posição de parte processual, transbordando para o processo a sua condição humana. Com efeito, aspectos de exclusão social, como condições econômicas precárias e ausência ou baixa qualidade de educação em direitos,¹⁵⁰ desinformação quanto aos elementos de uma causa específica, além da deficiência física ou insuficiência de desenvolvimento mental completo, são potenciais insumos geradores de desequilíbrio na relação processual.¹⁵¹

A vulnerabilidade processual, desta feita, fica enunciada como a situação de dificuldade experimentada pela parte para o exercício de direitos e prerrogativas processuais asseguradas no ordenamento jurídico, a ponto de impedir ou dificultar seu autorreconhecimento na relação, comprometer sua dignidade enquanto pessoa

ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Nesse sentido, há a possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori, in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori, in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade”. Destaques no original. (MARQUES; MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012, p. 162).

¹⁴⁷ MARQUES; MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012, p. 120-121.

¹⁴⁸ MARQUES; MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012, p. 121.

¹⁴⁹ Vide nota de rodapé 125.

¹⁵⁰ *Habitus* na característica de capacidade de linguagem: maior ou menor possibilidade de construir conhecimento e assim formar uma “visão de mundo” mais alargada ou restrita. (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 242).

¹⁵¹ Aqui situados grupos como crianças e adolescentes, idosos, portadores de deficiência, consumidores, empregados, quilombolas, mulheres em situação de violência doméstica, dentre outros.

humana, além de retirar-lhe a qualidade de cidadão, conforme as premissas anotadas, doravante.

2.3 PROPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TUTELA DO VULNERÁVEL

O regime democrático de governo está assentado na difícil conjugação de liberdades individuais com interesses coletivos.¹⁵² A tutela de um sem aniquilar o outro se torna possível a partir de ideais de solidariedade, estabelecendo-se como verdadeiro fiel da balança situado entre aqueles dois interesses anteriores.

Entretanto, é preciso estabelecer algumas premissas pontuais destinadas a desmistificar a democracia e o ideal de uma sociedade democrática. Nada mais *de faz-de-conta* que a máxima retórica de que “a democracia é governo de todos para todos”.

A diferenciação entre democracia representativa e participativa¹⁵³ parece ponto de partida crucial para se compreender o processo de vulneração social de pessoas e grupos em regimes, autoproclamados, democráticos.

A concepção de representatividade política nasceu e se expandiu antes por uma questão de necessidade e não, propriamente, por se revelar um modelo aprimorado em termos de relação indivíduo x Estado. A crescente complexidade de procedimentos e de gestão do Estado foi decisiva para a consagração do molde representativo.¹⁵⁴ É a também chamada democracia hegemônica, em que decisões políticas são tomadas por representantes eleitos, segundo o princípio hegemônico da maioria. Boaventura de Sousa Santos nomina democracia liberal e anota a imbricação com o sistema capitalista:

¹⁵² “Nesse sentido, deve-se repisar que a democracia constitui, ela mesma, um elemento fundamental na ultrapassagem dos modelos de Estado Liberal e Social”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153).

¹⁵³ “Aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes”. (RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 164, nov. 2009).

¹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002. p. 46.

Estes processos tendem a ser objeto de intensa disputa política. Como vimos antes, as sociedades capitalistas, sobretudo nos países centrais, consolidaram uma concepção hegemônica de democracia, a concepção de democracia liberal com a qual procuraram estabilizar a tensão controlada entre democracia e capitalismo.¹⁵⁵

Em seguida, anuncia os instrumentos de controle dessa tensão, com destaque para a concentração/distribuição da riqueza e o que chamou de “sobrecarga democrática”:

Essa estabilização ocorreu por duas vias: pela prioridade conferida à acumulação de capital em relação à redistribuição social e pela limitação da participação cidadã, tanto individual, quanto coletiva, com o objetivo de não “sobrecarregar” demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em perigo a prioridade da acumulação sobre a redistribuição.¹⁵⁶

Por conseguinte, se a democracia liberal tem em sua raiz o acúmulo individual de capital e se para atingir esse desiderato impõe um sistema de controle de demandas sociais, aqui entendidas como pretensão de indivíduos ou grupos não participantes do poder,¹⁵⁷ a própria vulnerabilidade social, inclusive a jurídica, tem início e é perpetuada por tal modelo. Absolutamente incapaz de responder a demandas multifacetárias.¹⁵⁸

Decerto, aqueles não representados na cúpula político-decisória, não têm para si um governo ou, a prevalecer a máxima acima transcrita, os vulneráveis estão colocados à margem do que se entende por “todos”.

¹⁵⁵ SANTOS, *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, 2002, p. 59.

¹⁵⁶ SANTOS, *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, 2002, p. 59.

¹⁵⁷ *A sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil* na classificação de Boaventura de Sousa Santos. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 25, maio 2003).

¹⁵⁸ “Pelo contrário, a redução do procedimentalismo a um processo de eleições de elites parece um postulado *ad hoc* da teoria hegemônica da democracia, postulado esse incapaz de dar uma solução convincente para duas questões principais: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação das diferenças”. (SANTOS, *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, 2002, p. 46).

O rompimento desse modelo se dá com ampliação e aperfeiçoamento dos instrumentos de democracia direta.¹⁵⁹ Aqui o processo, notadamente, inspirado pelos valores da quarta fase metodológica (o formalismo-valorativo), no seio do paradigma de Estado Democrático Constitucional, ocupa posição de protagonismo, porquanto “a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa.”¹⁶⁰

Outrossim, uma vez mais vale conferir a doutrina de Zaneti Júnior em conhecida monografia sobre a relação processo e Constituição:

A defesa de tese deste livro é justamente no sentido de que os espaços democráticos são e devem ser plurais (que haja demodiversidade) e de que o Estado, na esfera de seus poderes independentes e harmônicos, na configuração constitucional que se estabeleceu no Brasil, em razão da sua tradição jurídica e da prática do *judicial review* frente ao permissivo constitucional do pleito civil *lato sensu*, tem institucionalizado, no Poder Judiciário, território privilegiado da democracia participativa e garantido o acesso ao cidadão e dos corpos da sociedade civil à prática democrática.¹⁶¹

Noutro giro, a construção de uma sociedade solidária, isto é, edificada sobre a fraternidade entre seus integrantes, é, ao lado da liberdade e justiça, objetivo da República Federativa do Brasil (art. 4º, I, CRFB/88). O *solidarismo* advindo da ordem constitucional de 1988 é, essencialmente, inclusivo. Solidariedade pressupõe acolhida, rechaça, por antagonismo, valores e práticas excludentes. Em uma palavra: solidarizar é integrar.

É o *solidarismo* o mote para intervenção estatal nas relações materiais privadas, consagrando um modelo em que não se admite a livre manifestação da vontade ou a autonomia privada sem barreiras.¹⁶²

¹⁵⁹ “Afim, a democracia participativa seria a forma mais evoluída das quatro fases do desenvolvimento da democracia que, segundo Macpherson (1978), se iniciou com a fase protetora, posteriormente veio a fase do desenvolvimento, seguida da fase do equilíbrio, para então culminar com a fase participativa”. (RIBEIRO; SCALABRIN, *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*, 2009, p. 161).

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1, p. 573.

¹⁶¹ ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014, p. 132.

¹⁶² “Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de

Com esse norte é que se estabelece a premissa de que negar pertencimento ao indivíduo – que por metodologia democrática deveria ser admitido à efetiva participação – em linhas claras: viola frontalmente a solidariedade que se espera do corpo social.

O regime democrático se notabiliza pela ampla possibilidade de exercício do poder político. Manifestação em hábitos dos mais mezinhos da vivência coletiva e que influenciam em graus variados os destinos da sociedade, seja na elaboração de diagnósticos, planejamento ou efetiva implementação de políticas públicas nas mais variadas áreas.

Outro ponto notável da democracia é a natural inclinação à tutela da minoria. Uma advertência necessária. Não se trata aqui da minoria em termos quantitativos tendo como base de cálculo a totalidade dos indivíduos. Alude-se a uma minoria no centro do poder social, isto é, a baixa ou nenhuma representatividade dentre os protagonistas no restrito espaço de tomada de decisões políticas. Aos não pertencentes a esse meio resta contar com a proteção própria de regimes democráticos, em que não é dado à maioria controladora oprimir a minoria sem poder decisório (que por vezes pode representar a maior parte dos indivíduos do corpo social). Caso contrário, estar-se-ia diante precisamente do arbítrio e autoritarismo do grupo dominante, situados em plano oposto ao que se estabelece como democracia.¹⁶³

Nesse cenário político-social próprio dos regimes democráticos, sob inspiração definitiva dos ares de solidariedade da carta republicana de 1988, é que se estabelece a premissa de que aos indivíduos deve ser conferido *status* de verdadeiros membros do corpo social, passando pela real dimensão do

normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado”. (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 406).

¹⁶³ “O desejo de possuir ou subjugar ou mesmo de aniquilar o inimigo, pode ser satisfeito por meio de outras combinações e eventos além da luta. Quando o conflito é simplesmente um meio, determinado por um propósito superior, não há motivo para não restringi-lo ou mesmo evitá-lo desde que possa ser substituído por outras medidas que tenham a mesma promessa de sucesso”. (SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. São Paulo: Ática, 1983. p. 134).

pertencimento na medida em que se confere a todos, com olhar atento às distinções entre eles, a possibilidade de participar, nos mais variados graus, dos rumos políticos da sociedade como autênticos atores sociais.¹⁶⁴

Com efeito, o quadrante democrático delineado pela CRFB/88 é propício ao enfrentamento da questão da vulnerabilidade de pessoas e grupos, porquanto garante ao sujeito a interlocução necessária para agir sobre seu entorno, provocando reações e produzindo efeitos. Assegurando que pela linguagem possa articular ideias, sentimentos ou emoções, estabelecendo “relações entre sujeitos, coisas e fatos, para entender, deduzir ou julgar algo”.¹⁶⁵ Essa garantia constitui pressuposto para se dar o devido alcance à proclamada dignidade (art. 1º, III, CRFB/88), consistente em “uma prerrogativa ou qualidade moral que infunde respeito”.¹⁶⁶

De tal sorte, aqui se propõe o enfrentamento da vulnerabilidade jurídica, verdadeiro processo de alijamento social e negação da pessoa humana, a partir da imbricação de diretrizes da Dignidade da Pessoa Humana e cidadania, realidade que se espera de um modelo democrático de processo com forte coloração participativa.¹⁶⁷

2.3.1 A Dignidade da Pessoa Humana como fonte de tutela processual do vulnerável

¹⁶⁴ “A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisões públicas”. (MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 573).

¹⁶⁵ MOLINARO, *Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia?*, 2016, p. 21.

¹⁶⁶ MOLINARO, *Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia?*, 2016, p. 21.

¹⁶⁷ “O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional de processo”. (CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 4). “Desde há muito a democracia deixou de refletir apenas a forma representativa, migrando para a concepção de democracia participativa e deliberativa. De fato, as instâncias de participação popular não se exaurem no âmbito legislativo através do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar, reivindicar posicionamentos decisórios estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto, através dos Poderes Executivo e Judiciário), constatação que propulsionou a ideia de democracia participativa, aumentando os canais de inserção política do indivíduo por meio da iniciativa popular de leis, do plebiscito e referendo, bem como no âmbito do direito processual, através da ação popular”. (CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 197-198)

A Dignidade da Pessoa Humana assentada na Carta Magna de 1988 como pedra fundamental da República, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político (art. 1º, CRFB/88) é considerada um valor¹⁶⁸ traduzido em princípio alocado no mais elevado grau do ordenamento.¹⁶⁹

Concebido após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades identificadas nos regimes nazista e fascista que, sob a alegação de legalidade, alarmaram o mundo, passou, rapidamente, a ocupar lugar de consenso ético e jurídico no ocidente e, desta feita, incorporado nas mais diversas declarações de direitos no plano interno e internacional.¹⁷⁰

Para um melhor dimensionamento do seu alcance vale voltar os olhos para as palavras de Uadi Lammego Bulos ao comentar o art. 1º, III, CRFB/88:

O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores *espirituais* (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e *materiais* (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.¹⁷¹

É característica do princípio da Dignidade da Pessoa Humana uma imensurável abrangência (categoria axiológica aberta), posto que “começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte”¹⁷² e prima pela conceituação a partir de termos elásticos, isto é, de significados múltiplos (polissêmicos). Ademais, é princípio que deve estar “na consciência, na vida e na práxis” de governantes e cidadãos, com o fim de “elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.”¹⁷³

¹⁶⁸ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 285.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78. BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 513.

¹⁷⁰ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015. p. 285.

¹⁷¹ BULOS, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 513.

¹⁷² BULOS, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 513.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 232.

Todavia, mormente por seu demasiado alcance – a despertar atenção dos juristas em Teoria do Estado e desde a Teoria Geral do Direito até as mais especializadas matérias jurídicas – é que merece ser cuidadosamente tratada. Caso contrário, não fugirá o princípio da Dignidade da Pessoa Humana dos efeitos da banalização. Aquilo que se esperava ocupar lugar de destaque acabaria por desaparecer do cenário jurídico. Não é incomum se incorrer em verdadeira apreensão privada da acepção do princípio em voga, como destaca Barroso.¹⁷⁴ Como tal, uma ideia de dignidade humana é construída ao “sabor dos ventos”, para atender interesses momentâneos o que revela, em última análise, completa imprecisão e insegurança, desaguando em descrédito e total inaplicabilidade.

Nessa esteira, prossegue o citado autor sobre o emprego prático do princípio: “De conflitos de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas sem maior esforço argumentativo.”¹⁷⁵

Lado outro, também não se deve negar o consenso existente acerca de determinadas circunstâncias e a conclusão segundo a qual, uma vez verificadas, estar-se-á diante de violação da dignidade humana. É o que se identifica em situações de miséria em que a pessoa está privada do mínimo para sobrevivência ou da instrução.¹⁷⁶

É certo, desta feita, que a Dignidade da Pessoa Humana, enquanto valor plasmado no ordenamento jurídico como princípio fundamental situado no mais alto grau topológico, reclama densificação. A construção de um entendimento dotado de mais objetividade, em confronto à sanha subjetivista de dele tomar posse, vazado em

¹⁷⁴ “Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controvertidas.” (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 284-285).

¹⁷⁵ BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 284-285.

¹⁷⁶ “Embora não se tenha qualquer pretensão de exaustividade ou definitividade, há, em primeiro lugar, um consenso lógico – metajurídico, por que não? – a respeito do assunto. Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou com o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”. (BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, p. 179, jul./set. 2000).

termos mais precisos e, por tal razão, com significação aclarada, em contraposição à elasticidade dos termos – já que o que serve para tudo justificar, acaba por não justificar nada – é tarefa imprescindível para superação das críticas acerca da banalização do princípio e das consequências daí advindas.

Com tal propósito é que autores organizam a compreensão do princípio em tela em diferentes perspectivas.

Barroso afirma que em uma concepção minimalista a Dignidade da Pessoa Humana se refere ao “valor intrínseco de todos os seres humanos”¹⁷⁷ e a autonomia de cada um¹⁷⁸, além de possibilitar a imposição de limites no exercício de tal autonomia por se ter em vista valores sociais ou comunitários superiores.¹⁷⁹

Com inspiração em Pérez Luño, Bulos apresenta as dimensões pelas quais o princípio deve ser observado:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana apresenta-se em três dimensões: 1ª) *dimensão fundamentadora* – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; 2ª) *dimensão orientadora* – estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; e 3ª) *dimensão crítica* – serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas.¹⁸⁰

Outra perspectiva, igualmente relevante, é trazida à lume por Ingo Wolfgang Sarlet. Em cuidadoso estudo da Dignidade da Pessoa Humana enquanto norma (princípio e valor), como afirmado pelo próprio autor, anota o referido constitucionalista que a

¹⁷⁷ “Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário”. (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 286).

¹⁷⁸ “A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade”. (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 287).

¹⁷⁹ “O valor comunitário constitui o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo. Aqui, a dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de *vida boa*”. (BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2015, p. 288).

¹⁸⁰ BULOS, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 513.

abordagem deve se dar a partir de três diferentes facetas: intersubjetiva (ou relacional) e, simultaneamente, uma dimensão negativa (defensiva) e outra positiva (prestacional).¹⁸¹

Firmando tais premissas o autor encontra o conforto necessário para edificar as balizas que norteiam uma compreensão mais segura do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim sintetiza:

Temos por dignidade da pessoa humana qualidade intrínseca e distributiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁸²

Nessa perspectiva dúplice, defesa e prestação, é que sustenta Sarlet ser a Dignidade da Pessoa Humana limite e tarefa dos poderes estatais. Limite dado o seu caráter irrenunciável e inalienável. Tarefa porque incumbe ao Estado a preservação da dignidade existente e promoção daquela que precisa ser conquistada.¹⁸³

O ponto merece uma análise ainda mais detida por dialogar diretamente com a proposta tratada neste tópico da pesquisa.

A dupla perspectiva revela a necessidade de equacionamento de dois valores basilares para compreensão da Dignidade da Pessoa Humana enquanto norma. O desafio está na alocação da autonomia¹⁸⁴ do sujeito em uma vertente e na promoção de assistência para aqueles que não se encontram em condições de exercer, efetivamente, todo o potencial esperado a partir da autonomia conferida.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 62.

¹⁸² SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2002, p. 62.

¹⁸³ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2002, p. 47-48.

¹⁸⁴ Possibilidade conferida ao indivíduo de ser “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual”. (CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 219).

Com efeito, aquela pessoa que por circunstâncias das mais variadas, transitórias ou permanentes, não reunir as condições necessárias para o pleno exercício de suas potencialidades em dado momento, deve contar com a assistência estatal para que sua dignidade não seja perdida, ou não alcançada, a depender da situação concreta. Tal assertiva está em consonância com o paradigma atual de Estado.

Consoante dito alhures o modelo de Estado Democrático Constitucional se esforça em promover uma síntese do Liberalismo e do *Welfare State*, somando, todavia, avanços significativos na tutela e promoção de valores tanto individuais quanto coletivos. A autonomia privada, valor fundamental do Estado Liberal (caraterizado por uma postura passiva no que tange a garantia de direitos fundamentais, próprio do ideal *laissez-faire*), é colocada ao lado de uma proposta assistencial (ativa), concernente ao Estado Social, cujo escopo é atuar por meio de políticas públicas de caráter distributivo na implementação de direitos fundamentais.

Passo seguinte, é preciso voltar os olhos para o módulo processual que se harmoniza com o Estado Democrático Constitucional e reflete a atual fase metodológica do processo.

Também como já tratado (item 1.3.1) o formalismo-valorativo, ou o processo civil do Estado Constitucional para Mitidiero, é a fase hodiernamente experimentada. Caracteriza-se, dentre outros fatores, pela inserção do processo em temáticas sociais e políticas, em descompasso com a abordagem puramente tecnicista de outrora e alargando as fronteiras processuais para além da realização do direito material. Sem titubear na afirmação de que o processo é mecanismo pelo qual se efetiva direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.¹⁸⁵

¹⁸⁵ É nesse sentido que anota Álvaro de Oliveira, que inspirado em Friedrich Stein e após firmar assertiva de que o processo é criação humana e, portanto, cultura: “Por isso mostra-se totalmente inadequado conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração da justiça”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1, p. 128-129).

Nos termos empregados por Zaneti Júnior e Madureira:

Enfim, a proposta do Formalismo-Valorativo é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender sua configuração como um direito fundamental e a democracia constitucional como uma democracia de direitos.¹⁸⁶

Nessa esteira, há de se ter em mente que a adequada (atual) concepção de devido processo legal¹⁸⁷ está fincada no ideal de uma relação processual em que se façam presentes os valores consagrados no texto constitucional, dentre eles e com especial sobrançeria, a Dignidade da Pessoa Humana.

Vale o registro que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece a condição humana como único requisito para o exercício de garantias processuais.¹⁸⁸ No mesmo sentido a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁸⁹ e o Pacto de São José da Costa Rica.¹⁹⁰ As duas primeiras aprovadas, mas não

¹⁸⁶ MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, v. 272/2017, p. 88, out. 2017.

¹⁸⁷ “Como princípio, exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos”. (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 413-414).

¹⁸⁸ “Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei; [...] Artigo X – Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), 1948, Paris. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁸⁹ “Artigo XVIII – Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”. (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948, Bogotá. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*. Bogotá: OEA, 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecAmeDirDevHom.html>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁹⁰ “Artigo 8º Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969, San José, Costa Rica. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). San José, Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em:

ratificadas pelo Estado Brasileiro. A última aprovada, ratificada e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Os diplomas internacionais se esmeram na premissa de que a dignidade é valor inato ao homem e, como tal, situada na sua essência. Dessarte, nenhum outro requisito é exigido para a tutela da dignidade, suficiente a condição humana, ser pessoa é o elemento bastante.

Valioso o comando fundamental constante do art. 8º, CPC:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

É possível notar que o legislador se atentou para a acepção dúplice do princípio em tela, acima já destacada. A previsão legal não deixa margem de dúvida. Consagra norma de categoria obrigatória para o juiz (Estado-juiz). A necessária postura de resguardar a Dignidade da Pessoa Humana (limite) e de promovê-la (tarefa).

O resguardo da dignidade processual do vulnerável passa, necessariamente, pela preservação de seu autorreconhecimento. É preciso mirar elementos externos ao processo para que possa dar efetividade a essa premissa. Com efeito, há de se lançar um olhar crítico ao “ambiente forense”.

Aqui é preciso fazer referência expressa a elementos como trajés, gestos, linguagem, adornos suntuosos e organização da sala de audiência (com atenção à disposição de mesas e cadeiras), dentre outros. Enfim, todos os elementos, corpóreos ou incorpóreos, que contribuem para composição do “campo jurídico”¹⁹¹ e que de alguma forma são demasiadamente estranhos à pessoa a ponto de incutir

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019).

¹⁹¹ “O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”. (BOURDIEU, *O poder simbólico*, 2005, p. 212).

desconforto e levá-la a concluir que não pertence àquele ambiente. “A sala de audiências também discrimina – o que é, em si, uma contradição”.¹⁹²

Trata-se de um conjunto de fatores que somados são capazes de, eventualmente, colocar a pessoa em situação de vulnerabilidade, tolhendo-lhe a possibilidade de realizar, na relação processual, a potencialidade do direito material que invoca ou mesmo de contribuir para melhor elucidação da questão em debate. No cenário delineado, e em razão de tais circunstâncias, pode haver um comprometimento do melhor esclarecimento de questões fáticas que circundam a causa. O depoimento pessoal prestado pela parte assim vulnerada pode comprometer o sucesso no desiderato perseguido.

Mas, não é só. O problema relatado não é exclusividade da parte processual. É possível que testemunhas também experimentem a sensação de não pertencimento. E, de tal sorte, a própria narração dos fatos, revelada na oitiva, pode falhar quanto à reconstrução histórica do ocorrido e comprometer a instrução.

Para Márcio Túlio Viana e Raquel Portugal Nunes esses elementos compõem a “gramática da audiência”:

Os códigos da audiência têm sutilezas, muitas das quais também tentam – nem sempre com sucesso – reforçar a ideia de um processo imparcial, democrático, respeitoso, como se não houvesse em nossa sociedade um sistema de classes. Elas criam todo um ambiente que preserva o juiz, fortalece a lei, protege a instituição justiça.¹⁹³

O outro comando normativo obtido a partir da previsão do dispositivo acima transcrito está ligado à ideia de tarefa do Estado, enquanto ente responsável em promover a Dignidade da Pessoa Humana ao aplicar o ordenamento jurídico.

No ponto a atenção se volta para a relação processual. É na concatenação dos atos (procedimento) que deve o juízo estar atento à vulnerabilidade das partes. Essa deve ser combatida a fim de se engendrar molde processual favorável ao

¹⁹² VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. *O segundo processo: fatores informais que penetram no julgamento*. São Paulo: LTr, 2019, p. 161.

¹⁹³ VIANA; NUNES. *O segundo processo: fatores informais que penetram no julgamento*, 2019, p. 71.

autorreconhecimento das partes, isto é, as partes devem experimentar sentimento de pertencimento àquela relação processual.

E nessa quadra, somente o processo eficiente¹⁹⁴ que se instaurar e se desenvolver primando pela paridade de armas,¹⁹⁵ debate equilibrado, cooperação entre os atores processuais¹⁹⁶ resultando em decisão justa, efetiva¹⁹⁷ e devidamente motivada,¹⁹⁸ pois coletivamente construída no tempo adequado¹⁹⁹ com ética e boa-fé²⁰⁰ é que se

¹⁹⁴ “O processo judicial deve ter efetividade, com duração razoável, garantindo isonomia, segurança, com contraditório e ampla defesa. Em razão do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional não de ser estruturados para que se construam regras adequadas à solução do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e ampla defesa”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 379).

¹⁹⁵ “Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em participação com paridade de armas. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um ‘processo justo’ ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar com paridade de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.1, p. 351).

¹⁹⁶ “A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais”. (DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Princípio da cooperação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 350).

¹⁹⁷ “Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma”. (CUNHA, O *princípio da eficiência no novo código de processo civil*, 2016, p. 367).

¹⁹⁸ “O dever de motivação das decisões judiciais é *inerente* ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde *duas características centrais*: a *justificação* da norma jurisdicional para o caso concreto e a *capacidade de orientação* de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional”. Destaques do original. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de processo civil*, 2017, p. 398).

¹⁹⁹ “Neste sentido, foi feliz a expressão adotada pelo legislador brasileiro, na esteira do que já se observava no plano do direito comparado. A duração “razoável” do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e sem que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes”. (CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 83).

²⁰⁰ “A concretização do princípio da boa-fé objetiva ocorre por meio da caracterização de um de seus corolários, como *supressio, surrectio, tu quoque* e *nemo potest venire contra factum proprium*. (CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza;

mostra democrático e adequado à tutela do vulnerável, pois capaz de conferir-lhe a dignidade esperada.

Vale o registro que para alcançar tal desiderato o processo²⁰¹ deve ser interpretado segundo os valores e as normas constitucionais fundamentais (art. 1º, CPC).²⁰² Desta feita, a tutela do vulnerável conta com a leitura das normas processuais à luz da Dignidade da Pessoa Humana, razão suficiente para fundamentar a complementação, integração e concretização das técnicas processuais que no caso *sub judice* reclamar conduta positiva do Estado-juiz (tarefa prestacional) a fim de promover o modelo processual com o contorno democrático proposto em abstrato.

Afinal, como afirma Cappelletti, de maneira direta e contundente, sobre a insuficiência de se observar o contraditório sem atenção ao caso concreto:

Audiatur et altera pars, é o que se afirma. Mas que princípio é este se há casos em que, por razões econômicas, culturais e sociais, a parte não se encontra em condições de se fazer ouvir? Há que se repetir então o discurso, que caracterizou a nossa época, quanto à distinção entre igualdade real ou material entre as partes. O processo tornou-se a arena deste discurso, porque nele há que se travar a luta por um direito efetivo e não apenas aparente. Tanto é assim que às garantias constitucionais formais têm-se acrescentado (ou pelo menos dever-se-ia estar acrescentando) aquelas garantias sociais. No campo dos direitos humanos fala-se dos direitos sociais como direitos humanos de segunda geração. Eles tendem principalmente a fazer que os direitos tradicionais ou "da primeira geração" - entre os quais, justamente, as garantias constitucionais do processo - sejam efetivos e acessíveis a todos, e não um escárnio para a parte mais débil.²⁰³

Por oportuno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece a condição humana como único requisito para o exercício de garantias processuais.²⁰⁴ No

NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 203).

²⁰¹ Acredita-se que o legislador empregou o termo processo para se referir a normas processuais.

²⁰² "Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional.

O enunciado é, ainda, manifestação clara de reconhecimento da força normativa da Constituição, um dos aspectos fundamentais do pensamento jurídico contemporâneo". (DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3).

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, vol. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992, p. 129.

²⁰⁴ "Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela

mesmo sentido a Declaração Americana dos Direitos do Homem²⁰⁵ e o Pacto de São José da Costa Rica.²⁰⁶

Mais adiante, com a imersão nas técnicas processuais previstas no código para tutela do vulnerável, se aprofundará no ponto central do tema proposto nessa pesquisa, a (re)leitura das técnicas em consonância com o modelo de processo democrático delineado pela CRFB/88 com o escopo de promover ao vulnerável o adequado acesso à justiça.

Todavia, antes é preciso tecer algumas linhas acerca de outro valor que se materializou em norma constitucional. Derivada da compreensão de Dignidade da Pessoa Humana, a cidadania também se revela fundamento hábil a justificar a tutela processual do vulnerável e conferir a ele o apropriado acesso à justiça.

2.3.2 A concepção ampliada de Cidadania e a tutela processual do povo

A partir do texto constitucional é possível anotar, com fundamento no primado da Dignidade da Pessoa Humana, que o combate à vulnerabilidade também se dá pelo exercício universalizado de prerrogativas de cidadania. Não obstante, a noção de cidadania não pode estar adstrita ao exercício de capacidades eleitorais.²⁰⁷ Nesse

constituição ou pela lei; [...] Artigo X – Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), 1948, Paris. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

²⁰⁵ “Artigo XVIII – Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”. (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*, 1948).

²⁰⁶ “Artigo 8º Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, *Convenção americana sobre direitos humanos*, 1969).

²⁰⁷ Dissertando sobre o princípio da cidadania, Bulos registra: “é o *status* das pessoas físicas que estão no pleno gozo de seus direitos políticos ativos (capacidade de votar) e passivos (capacidade de ser votado e, também, de ser eleito). O princípio da cidadania credencia os cidadãos a exercerem prerrogativas e garantias constitucionais, tais como propor ações populares (CF, art. 5º, LXXIII), participar do processo de iniciativa de leis complementares e de leis ordinárias (CF, art. 61, *caput*). Também *faculta ao cidadão participar da vida democrática brasileira (status activae civitatis)*. Daí

compasso, leciona Hermes Zaneti Júnior com destaque para a natureza bifronte (político-jurídica) dos direitos fundamentais e a ampliação da acepção de cidadania:

Afirma-se: *direitos fundamentais são direitos políticos em todas as suas dimensões*. Para tanto, mostra-se que, na atual fase de desenvolvimento da teoria jurídica, não se pode mais admitir a redução da democracia apenas à representação pelo voto, como não se imagina reduzir a cidadania aos direitos políticos. A democracia não é um dado, e sim um construído que se conquista a cada dia.²⁰⁸

Exerce cidadania aquele que provoca o Estado, em um âmbito macro, a tomar decisões voltadas ao planejamento e execução de políticas públicas ou mesmo, em menor escala, exige a implementação de direitos individuais ou coletivos já assegurados no plano normativo. Nos termos alinhavados por André Ramos Tavares: “A partir da HANNA ARENDT ficou também consagrada a ideia de que a cidadania é o direito a ter direitos”. E em valiosa relação da cidadania com sentimento de pertencimento, já explorado neste texto, assinala o mesmo autor que cidadania também significa “representação da pertença de um indivíduo a uma determinada ordem jurídica qualificada (no sentido de humanizada) que lhe garante a posição de sujeito de direito”.²⁰⁹

Vem a calhar a classificação elaborada por Friedrich Müller no célebre “Quem é o Povo?”. Na obra são anotadas as diferentes acepções de povo para o renomado autor. O *povo como instância de atribuição*, o *povo ativo* e o *povo-destinatário*. Alerta que o primeiro está restrito aos titulares da nacionalidade. O segundo apresenta uma concepção na exata medida delineada pelo direito positivo, restrita a normas sobre eleições e exercício do voto. Já quanto à ideia de *povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado* sustenta a amplitude da compreensão na seguinte passagem:

[...] o corpo de textos de uma democracia de conformidade com o Estado de Direito se legitima por duas coisas: em primeiro lugar dotar a possível

conectar-se com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único), com as liberdades públicas (CF, art. 5º), com os direitos políticos (CF, art. 14), com o direito à educação (CF, art. 205) etc”. Destaque acrescido. (BULOS, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 312).

²⁰⁸ ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014, p. 55-56.

²⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1039.

minoria dos cidadãos ativos, não importa quão mediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar e ao lado desse fator de ordem procedimental, a legitimidade ocorre pelo *modo, mediante o qual todos*, o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação. Ambas, a decisão (enquanto co-participação “do povo”) e a implementação (enquanto efeitos produzidos “sobre o povo”), devem ser questionadas democraticamente.²¹⁰

No excerto acima transcrito Müller estabelece a correlação, segundo ele necessária, entre democracia e povo. Explica o autor:

A função do “povo”, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigentes, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos.

Digna de nota também é a menção a povo inscrita no preâmbulo da CRFB/88. Em que pese esse introito estar situado no domínio da política, prefigura os princípios doravante plasmados na Carta Magna, dando o tom do ideal concebido pelo constituinte.²¹¹

A cidadania é demarcada por aspirações democráticas, nessa relação indelével que mantêm entre si. Democracia é regime de pretensões abastadas e objetivos desafiadores, uma vez que “implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global.”²¹²

²¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 76-77.

²¹¹ “O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Constituição: Preâmbulo. Normas centrais. Constituição do Acre. ADI nº 2.076-5 AC. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, julgado em: 15 ago. 2002. *Diário da Justiça*: 08 ago. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 12 jul. 2019).

²¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 63.

Somente a prática dos direitos humanos e do ideal de cidadania é capaz de alçar o povo ao patamar de titular do Estado,²¹³ essência da democracia,²¹⁴ com o firme propósito de combater a *sociedade civil incivil*²¹⁵ viabilizando a concretização de direitos fundamentais através de ações, processos e procedimentos tornando efetiva a participação cidadã, em seus diversos aspectos.²¹⁶

É o processo, cuja concepção deve ser edificada sob à luz dos valores ditados no atual paradigma de Estado Democrático Constitucional brasileiro, o caminho naturalmente destinado à salvaguarda de qualquer do povo na busca do reconhecimento e implementação de direitos assegurados no ordenamento jurídico.²¹⁷

Nas palavras de Häberle “o *status activus processualis* deve ser inserido no *status activus*, até então primariamente jurídico-material.”²¹⁸

Popper, procedendo ao cotejo da sociedade aberta²¹⁹ com o que chamou de tribalismo de Platão,²²⁰ aponta a direção a ser seguida com a abertura social:

²¹³ MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n. 7, p. 324, 2003.

²¹⁴ “O vértice da democracia ainda é o povo, contudo dilatado em sua acepção originária. Este ideário de povo deve, necessariamente, ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política”. (RIBEIRO; SCALABRIN, *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*, 2009, p. 159).

²¹⁵ “A *sociedade civil incivil* corresponde ao círculo exterior habitado pelos totalmente excluídos. Socialmente, são quase por completo invisíveis. Este é o círculo do fascismo social e, em rigor, os que o habitam não pertencem à sociedade civil, uma vez que são atirados para o novo estado natural. Não possuem expectativas estabilizadas, já que, na prática, não têm quaisquer direitos”. (BOAVENTURA, *Poderá o direito ser emancipatório?*, 2003, p. 25).

²¹⁶ BARACHO, *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*, 1995, p. 63.

²¹⁷ “O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo”. (MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 546).

²¹⁸ HÄBERLE, apud ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2015, p. 479.

²¹⁹ “Sociedade democrática em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais”. (POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 9).

²²⁰ Sociedade marcada pela rigidez das posições sociais de seus membros e pela condenação do individualismo pelo forte apelo às questões coletivas: “Baseadas na tradição tribal coletiva, não admitem problemas de natureza moral, e suas instituições não dão espaço à responsabilidade pessoal”. (POPPER, *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1998, p. 9).

A lição que devemos aprender de Platão é exatamente a oposta à que tenta nos ensinar. A despeito da excelência do diagnóstico sociológico, sua terapêutica é pior que o mal que tentava combater. Deter a mudança política não é o remédio; não pode trazer a felicidade. Uma vez que começemos a confiar em nossa razão e sintamos o apelo das responsabilidades pessoais e, com estas, a responsabilidade de promover o conhecimento, não podemos retornar ao estado de submissão na magia tribal. Não há volta possível a um estado harmoniosa da natureza. *Se voltarmos, devermos refazer o caminho integral – devermos retornar às feras.*²²¹

Trata-se, em verdade, de caminho sem volta. A valorização e tutela da conduta amparada em valores individualistas deve ser devidamente equacionada pelo coletivismo inerente à vida social. O equilíbrio entre esses dois valores, essenciais à vivência do homem, é desafio que se deve enfrentar à luz de um procedimento igualmente aberto. Só pelo procedimento democrático é possível dosar o individualismo – que em última instância significaria retorno ao liberalismo – para dele retirar qualquer acepção ao egoísmo, esse sim, pela natureza inconsequente, incompatível com o conviver. Essa perspectiva exige a “apropriação do direito em dimensão emancipatória e não, ideologicamente, como instrumento de subordinação”.²²²

A (re)construção diuturna da legitimidade do Poder Judiciário e das instituições essenciais à justiça (Título IV, Capítulo IV, CRFB/88) – e do próprio Estado Democrático Constitucional – passa pela democratização processual com viés coparticipativo,²²³ porquanto seus atores não são escolhidos pelo sufrágio universal e só podem se estabelecer, validamente, pela legitimação procedimental²²⁴ e da legitimidade da própria decisão, calibrada pelos direitos fundamentais materiais.²²⁵

Trata-se de verdadeira institucionalização de procedimentos democráticos, por meio dos quais se busca estabelecer efetivas condições de comunicação entre os atores

²²¹ POPPER, *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1998, p. 10.

²²² SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 31.

²²³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 177.

²²⁴ RIBEIRO; SCALABRIN, *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*, 2009, p. 165.

²²⁵ MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 545.

sociais figurantes no procedimento,²²⁶ agindo, conforme ditames de eticidade e boa-fé. Soma-se a isso, ademais, o escopo de pretensão de correção, que segundo linhas de Zaneti Júnior pode ser compreendida como:

Garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa.²²⁷

A exata compreensão do alcance do que se denomina pretensão de correção parece estar imbricada com a temática da vulnerabilidade explorada linhas atrás. É oportuno observar que a participação no discurso – e aqui, acresça-se: ampla e efetiva participação –²²⁸ consiste no primeiro passo para a aceitação como justa da decisão passível de justificativa lógico-argumentativa.

De tal sorte, retorna-se ao tema da vulnerabilidade processual para se reafirmar que dotar o vulnerável nessa relação das condições necessárias para se reconhecer no procedimento, possibilitando-lhe o exercício de prerrogativas e potencialidades processuais próprios do processo democrático, é dar-lhe condições de participar do discurso.²²⁹ A compreensão e aceitação dos fundamentos decisórios e da conclusão do julgado (justificação racional), por conseguinte, se dá de maneira natural, porquanto, construída passo-a-passo com a sua efetiva contribuição, ainda que por um juízo de rejeição dos argumentos apresentados.

Noutro ponto, a aceitação da decisão como justa tem por efeito colateral a cessação da continuidade do litígio, uma vez que deixar de recorrer de decisões consideradas justas é a conduta que se espera do participante do discurso, ajudando a

²²⁶ ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014, p. 56.

²²⁷ ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014, p. 56.

²²⁸ “A legitimação pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação”. (MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 544).

²²⁹ “As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual”. (OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, 2007, p. 135).

pavimentar, outrossim, o caminho da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88 e art. 4º, CPC).²³⁰

Com efeito, o módulo processual adequado ao Estado Democrático Constitucional – que pressupõe ampla compreensão e exercício universal da cidadania – é aquele que não se coaduna com uma relação jurídica processual estéril, isto é, voltada para si e ordenada, unicamente, à observância de pressupostos para sua constituição e válido desenvolvimento. Não basta, ademais, que se respeite as regras do jogo, sistemática e uniformemente pré-dispostas, para que o processo seja legítimo.

A exigência contemporânea é de um processo capaz de garantir a qualquer do povo acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito – dando efetividade a norma do art. 5º, XXXV, CRFB/88 –²³¹ e cuja legitimidade está assentada no procedimento e na decisão promotora de direitos fundamentais. Para tanto, é necessário abandonar a rigidez do pensamento sistemático e adotar o dinamismo tópico-problemático com o escopo de, solidariamente, dotar a pessoa vulnerável de dignidade, com a necessária atenção a particularidades que lhe subtraem a cidadania, dando-lhe condições de participação efetiva nos debates.

²³⁰ MADUREIRA, *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, 2017, p. 115.

²³¹ MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 574.

3 A TUTELA DO VULNERÁVEL NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: TÉCNICAS PROCESSUAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PARA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO ADJUDICADA

*“Quando alguém se queixa de que o respeito da técnica leva, em tal ou qual hipótese, à consagração de uma injustiça, ponho-me a conjecturar se na verdade se terão utilizado adequadamente os próprios recursos da técnica, ou se não se terá renunciado cedo demais a explorar-lhe a fundo as virtualidades”.*²³²

Lançadas as bases teóricas em que se firmam a compreensão de vulnerável processual e a aceção do que se preconiza como processo democrático, consentâneo a experiência hodierna de Estado Constitucional, mister dedicar atenção ao quadrante processual moldado a partir do Código de Processo Civil. Inaugura-se, como esperado, a fase dogmática da investigação proposta.

Sem se descurar do objetivo perseguido cumpre sugerir uma classificação. O estudo dogmático da tutela do vulnerável se, por um lado, insinua normas dedicadas especificamente à tutela da parte fragilizada da relação processual, por outro revela normas que, senão concebidas com tal especificidade, podem ser empregadas com esse desiderato e se mostram, com razão, especialmente caras a esse fim.

O presente capítulo, metodologicamente, será assim descortinado doravante. Sem embargo, não se pode prescindir de uma última anotação teórica. A compreensão do que seja técnica processual, e o sentido que vai aqui aplicado, revela-se fundamental para a devida absorção da mensagem que se pretende transmitir.

3.1 A TÉCNICA PROCESSUAL

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça no limiar de novo século. In: *Temas de direito processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

O rigor metodológico que se impõe a uma pesquisa científica exige que se esclareça o significado em que os signos são empregados. De tal sorte, inexoravelmente, é preciso pontuar a que se refere este arrazoado com o emprego do termo técnica.

O processo, enquanto mecanismo oficial de resolução de conflitos sociais, exige organização. É preciso uma engenhosa metodologia de trabalho para que se obtenha a coordenação necessária e a finalidade seja alcançada.²³³ Caso contrário, corre-se o risco de se naufragar em completa desordem, comprometendo a máquina e fulminando o verdadeiro propósito.²³⁴

Com a precisão costumeira, sintetiza Dinamarco: “Técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados preestabelecidos”.²³⁵ Para Bedaque técnica processual é o “conjunto das normas que regem o procedimento”.²³⁶

As técnicas processuais, por assim dizer, são as engrenagens, mais ou menos azeitadas, empregadas no engenho. Ressaltando a impressão pessoal, assinala Barbosa Moreira “Para mim (e presumo que o mesmo sucederá a qualquer cientista que preze a sua ciência, a qualquer artista que preze a sua arte), a técnica é um instrumento – como tal, útil e insubstituível”.²³⁷

São técnicas processuais, enquanto instrumentos predispostos a um fim, as regras sobre direitos e deveres das partes, as regras de competência, tutelas provisórias, o saneamento e a organização do processo, as regras acerca da instrução processual, a teoria das nulidades, sistema de preclusão e coisa julgada, os tipos de sentença e as possibilidades de resolução da demanda, os recursos, o julgamento colegiado e o julgamento monocrático nos tribunais, além do microssistema de tutelas coletivas,

²³³ “Processo – insiste-se – é método de trabalho. Por isso, é necessário organizar com antecedência a atividade daqueles que irão dele participar, a fim de que se possa alcançar, de forma ordenada, os resultados desejados”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2010. p. 78)

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

²³⁵ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2009, p. 51.

²³⁶ BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2010, p. 81.

²³⁷ MOREIRA, *A justiça no limiar de novo século*, 1994, p. 26.

dentre outras. Apenas alguns exemplos dos múltiplos elementos em que se decompõem o procedimento e que juntos organizam o processo.²³⁸

A par de sua função organizadora a técnica processual tem pelos menos dois grandes objetivos. O primeiro é dotar o instrumento da segurança necessária através da garantia de que as partes possam influenciar, igualmente, o resultado do julgamento. Ao lado desse, está o de aproximar o máximo possível a tutela jurisdicional daquilo que seria o resultado da atuação espontânea da regra de direito material, seja no aspecto temporal ou da justiça da decisão.²³⁹

Noutro giro, é preciso rememorar que processualistas de outrora, imersos nos estudos do processo e absolutamente seduzidos pela releitura de velhas técnicas processuais ou fervorosos pela elaboração de novas, acabaram por distanciar o processo da realidade social e, por conseguinte, sacaram-lhe a própria razão de existir.²⁴⁰ A fase metodológica do *processualismo* foi o ponto mais reluzente dessa experiência e, como visto, já não se sustenta no atual quadrante processual.

Marinoni adverte que a compreensão de processo não pode ser de uma técnica indiferente ao direito material, pois significaria fechá-lo em si mesmo e assim transformá-lo em algo inservível. Deve ser encarado, pois, como caminho para efetivação de direitos.²⁴¹

A direção tomada nesta pesquisa aponta para a abertura do processo também ao aspecto subjetivo da relação processual. A efetivação de direitos passa pelo cuidado com as circunstâncias pessoais das partes, demandando revelação, com o emprego

²³⁸ Bedaque, com inspiração em Canelutti, assinala que processo “nada mais é do que método de trabalho destinado a possibilitar a formação e a aplicação do direito, bem como a solução do litígio. Em última análise, busca-se, mediante essa via estatal de solução das controvérsias, a pacificação social, proporcionando a quem dela se utiliza a certeza do direito e um resultado, na medida do possível, justo”. (BEDAQUE, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, 2016, p. 1).

²³⁹ BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2010, p. 78-79.

²⁴⁰ Flertando com o mito de Narciso, adverte Bedaque: “O problema está nos exageros. Tudo que é levado às últimas consequências acaba produzindo efeitos perversos. A técnica processual deixa de ser fator de segurança e se transforma em fim, adorando a sua própria imagem. Necessário evitar que isso ocorra, pois ela está prestes a cair no lago”. (BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2010, p. 83).

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-1.1.

de maior ou menor exigência criativa, de normas processuais comprometidas com a realização de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Conforme delineado linhas atrás, deve o processo civil potencializar a dignidade humana e a cidadania, mostrando-se verdadeiro instrumento democrático sensível à inaptidão da parte em exercitar direitos processuais e, de pronto, apresentar técnicas afirmativas capazes de criar o cenário propício à experimentação desses direitos.²⁴²

3.2 TÉCNICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ESPECÍFICAS PARA TUTELA DO VULNERÁVEL

Consoante já afirmado em capítulo próprio, não se desconhece as múltiplas origens e causas de vulnerabilidade, menos ainda suas variadas facetas. Não obstante, ainda que a experiência de vulnerabilidade de um sujeito tenha cunho socioeconômico, físico ou psíquico, somente tem relevância para esta pesquisa se ela se revestir da qualidade de jurídica, notadamente, se o sujeito se colocar como parte de relação processual e, como tal, não conseguir exercer em plenitude perante o sistema de justiça os direitos conferidos pelo ordenamento. Compreensão à luz das Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, já citadas.

Neste tópico a atenção é voltada para as técnicas previstas no Código de Processo Civil especificamente concebidas para tutelar o vulnerável da relação processual. Há nessas técnicas uma presunção *iure et de iure* no sentido de que ocorrendo determinadas hipóteses estar-se-á, necessariamente, diante de circunstância ensejadora de vulnerabilidade da parte. Por tal razão, deve haver a incidência da técnica para prevenir a concretização da circunstância vislumbrada. Sob outra perspectiva, também pode ser o caso de se endireitar o posicionamento da parte

²⁴² Barbosa Moreira registra a importância da dúvida ao anotar que a técnica não pode se sobrepor à efetividade do processo. Se aquela (técnica) compromete esta (efetividade) é preciso admitir a incapacidade do técnico. Vale conferir as palavras do autor: “E mais: quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesma colocados à nossa disposição”. (MOREIRA, *A justiça no limiar de novo século*, 1994, p. 28).

para que a partir dali o processo retome sua marcha, segundo os parâmetros democráticos que dele se espera.

3.2.1 Fixação de competência

No que tange a fixação de competência do juízo o Código de Processo Civil estabelece técnicas que visam a facilitar, ou mesmo viabilizar, o exercício do direito de ação pelo sujeito que, *a priori*, já é considerado inserido em contexto de vulnerabilidade. Tratam-se, em suma, de regras que estabelecem o juízo local, aquele do domicílio do sujeito, como o competente para conhecer do processo em que figurar em um dos polos da relação. Regras que ditam competências no plano interno ou situam a jurisdição brasileira no cenário internacional.

Parte o legislador da premissa de que exigir o deslocamento geográfico de determinados sujeitos seria fator fragilizante do exercício do direito de deflagrar o início da relação processual ou responder a demanda que lhe é dirigida.²⁴³ Colhem-se essas disposições nos arts. 21, I, 22, I, “a”, II, quanto aos limites da jurisdição nacional, e nos arts. 50, 53, I, “a”, II e III, “e”, a fixação de competência interna, todos do CPC.

O primeiro dispositivo mencionado repete a regra do art. 46, CPC, segundo a qual é no foro de domicílio do réu que se devem processar as ações fundadas em direito pessoal ou sobre bens móveis. Basta, no entanto, conforme disposto no art. 21, I, que o réu seja domiciliado no Brasil, independente de qual seja sua nacionalidade.

Lado outro, cuida o art. 22, I, “a”, de estabelecer o juízo de domicílio do credor de alimentos domiciliado no Brasil como o competente para conhecer de demandas alimentares e o inciso II o juízo onde está domiciliado o consumidor no Brasil para as demandas que envolvem relação de consumo travada com fornecedores estrangeiros.

²⁴³ Direito de ação e de contraditório (defesa). (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 131).

Nesses casos, ainda que situados no polo ativo da relação – mas em razão da peculiar situação de vulnerabilidade, pois o credor de alimentos recebe apenas o que é necessário a sua sobrevivência ou o suficiente para experimentar consumo equivalente ao do alimentante, e o consumidor pela hipossuficiência ou a quase sempre incompleta base informacional - podem demandar no foro de seu domicílio. Ademais, exigir desses sujeitos especialmente fragilizados que deduzam suas pretensões em juízos estrangeiros é ir de encontro ao autorreconhecimento na relação processual que a todos deve ser oportunizado e, como já tratado, uma etapa necessária para o exercício pleno de prerrogativas processuais legalmente asseguradas.

Quanto à competência interna o destaque fica para a fixação do foro de domicílio do representante ou assistente do incapaz nas demandas contra este propostas, conforme previsão do art. 50, CPC. O objetivo da norma é facilitar a defesa do incapaz no processo ao trazer maior comodidade, evitando-se transtornos com deslocamento para outros foros.

Na mesma linha, estabelece o art. 53, I, “a”, CPC, que as ações que visam a declaração de vínculo familiar entre os pais ou a sua desconstituição devem ser propostas no foro de domicílio do guardião de filho incapaz. Vale anotar que muitas das demandas ali referidas - relativas ao casal – são cumuladas com pretensões que envolvem, diretamente, os interesses do filho incapaz, como alimentos, guarda e regimento de convivência com o genitor não guardião. Ademais, também merece atenção o fato de que, *a priori*, ser mais difícil o deslocamento para outro foro do guardião do filho do incapaz por afetar, diretamente, a rotina do lar, passando por questões como levar ou deixar o filho, neste último caso quem seria a pessoa responsável por cuidar neste período, além da possibilidade de perda de dia letivo na escola.

Já o art. 53, II, CPC, traz a previsão de que é competente o foro de domicílio do alimentando para as demandas de alimentos. Consoante dito linhas atrás, não se deve exigir o deslocamento do alimentando para outro foro para cuidar de sua pretensão, já que aquilo que demanda ou recebe em muitos casos é apenas o

necessário para sua sobrevivência ou para viver em conformidade com o padrão de vida experimentado pelo devedor de alimentos.

Outra importante regra, também nessa esteira, é a definição do foro de residência do idoso como o competente para as causas que versem direitos previstos no respectivo estatuto (Lei nº 10.741/2003). Diversos são os fatores engendrados de vulnerabilidade para a pessoa idosa. Além da maior limitação física, aspectos de ordem econômica e fatores psicológicos também podem ser determinantes. Também vale anotar que a norma processual assim enunciada guarda coerência com o regramento de direito material. O estatuto é diploma com clara finalidade de conferir especial tratamento ao idoso enquanto parte vulnerável na relação material. Não poderia o código de processo ignorar a diretriz lançada ao não revestir o instrumento também com especial vocação para tutela desses sujeitos.²⁴⁴

Com precisão e sensibilidade que lhes são peculiares, registra Barbosa Moreira:

Ora, mostra a experiência que o hipossuficiente em geral se defronta aí com sérias dificuldades. Basta pensar nas distâncias que precisa vencer para ir da residência ou do local de trabalho à repartição pública, na escassez de tempo disponível para tratar do assunto, nas inibições psicológicas e culturais que o tolhem... Afigura-se justo reconhecer quando menos uma presunção de necessidade em seu favor.²⁴⁵

Uma última palavra sobre a tutela do vulnerável por meio das regras de competência. O art. 63, CPC, trata da possibilidade das partes elegerem o foro competente para conhecer de demandas relativas ao negócio jurídico por elas entabulado. Não obstante, sem se descuidar de eventuais abusos que podem ser exercidos por uma parte em relação a outra, valendo-se, por exemplo, de maior poder econômico ou mesmo de mais informações sobre o negócio, dispõem os §§ 3º e 4º que eventual abusividade dessa cláusula pode ser aventada de ofício pelo juiz, ainda antes da citação, ou suscitada pelo réu em contestação.

Vale registrar que a possibilidade de prorrogação de foro, prevista no § 4º, caso o réu não se manifeste a respeito em contestação, parece destoar do sistema. A

²⁴⁴ Sem prejuízo das disposições processuais protetivas previstas no estatuto, conforme disposto no art. 69 da Lei nº 10.741/03.

²⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, v. 105/2002, jan./mar. 2002, p. 6.

norma emancipadora, que confere ao juízo a possibilidade de conhecer de ofício a abusividade da cláusula, não merece estar restrita temporalmente ao ato citatório. No mesmo sentido se apresenta a restrição conferida ao réu na contestação. Superadas essas fases do procedimento o ato que em sua gênese se mostrou abusivo, portanto ilícito, não se transmuda em lícito. A preclusão não pode ter o condão de alterar a natureza material do ato de eleição de foro. Caso contrário, é verdadeiro desvio de finalidade do próprio instrumento, uma vez que a ele não pode ser dado alterar a natureza daquilo que serve. Outrossim, se a *ratio* é a tutela do vulnerável com o reconhecimento da abusividade da cláusula, é o caso de se aplicar em qualquer caso o disposto no art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (“onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir”).²⁴⁶

A norma processual visa corrigir a vulnerabilidade da parte, iniciada na relação de direito material e transposta para o processo. O reconhecimento de abusividade da cláusula de eleição de foro e a remessa dos autos ao foro de domicílio do réu (vulnerável) apresenta o mesmo desiderato tratado até aqui. A parte reconhecidamente vulnerável reclama que as demandas sejam propostas no foro de seu domicílio, valiosa regra protetiva, pois facilitadora do efetivo exercício de prerrogativas processuais com menor dispêndio de tempo, dinheiro e energia.

3.2.2 A qualificação do réu na petição inicial

O art. 319, CPC, traça os contornos estruturais da petição inicial. De maneira particular, à vista do objeto desta pesquisa, voltam-se os olhos para o disposto no inciso II.²⁴⁷ Ali estão consignados os elementos que servem à qualificação das partes, cuja finalidade é promover a correta individualização dos sujeitos que, *prima facie*, se apresentam em litígio. Ademais, também se tem por escopo “fixar com

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Regras de Hermenêutica Jurídica. AI nº 835.442 RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, julgado em: 10 abr. 2013. *Diário da Justiça*: 15 abr. 2013.

²⁴⁷ “Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;”

precisão os limites subjetivos da demanda e da futura e eventual coisa julgada material”.²⁴⁸

O rol de exigências a serem anotadas pelo autor na petição inicial é relativamente longo. Vai de elementos mínimos como nome completo até número de documentos pessoais e endereço eletrônico, passando por indicação de domicílio, estado civil e profissão exercida. São diversas as implicações processuais da esmerada qualificação das partes.²⁴⁹ O que, por si só, já justificaria uma maior atenção dedicada ao ponto.

Não obstante, a temática do acesso à justiça pelo vulnerável é a condutora dessas linhas. Nessa vereda, dois pontos que combinados poderiam representar substancial obstáculo para o acesso à justiça pelo vulnerável no processo com enlace adversarial. Claro que aqui não se refere à individualização do próprio autor na peça inicial. O ponto dificultoso é o possível problema a ser enfrentado pelo autor para o atendimento das exigências em relação à contraparte. Como dito, o rol é significativamente longo. Soma-se a isso a informalidade que permeia as relações jurídicas travadas pelas pessoas com baixa instrução em direitos, como já sublinhado em passagem anterior. Trata-se de vulnerabilidade informacional que vem a se converter em vulnerabilidade processual já no momento de se deflagrar a relação em juízo.

O que nesta oportunidade merece ser sustentado é que a amplitude conferida ao acesso à justiça pela via processual, ancorado em premissas de promoção de cidadania e dignidade humana, não pode sofrer mutilação por norma estritamente formalista, isto é, sem se perscrutar seu propósito valorativo.

²⁴⁸ NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 603.

²⁴⁹ “(a) quanto ao estado civil, em determinar as hipóteses em que há necessidade de participação de ambos os cônjuges ou companheiros (cf. art. 73 do CPC/2015); (b) quanto à indicação da profissão, em verificar se incidem regras específicas de citação (por exemplo, art. 243, parágrafo único, do CPC/2015, quanto ao militar), bem como em relação à possibilidade de dispensa de depoimento pessoal (cf. art. 388, II, do CPC/2015); (c) quanto ao domicílio, em servir, em alguns casos, para a fixação da competência territorial (art. 46 do CPC/2015), bem como para informar o local onde deverá ser citado o réu (art. 243, *caput*, do CPC/2015) e intimadas as partes (art. 274 do CPC/2015); (d) quanto ao endereço eletrônico, a fim de que sejam realizadas as comunicações dos atos processuais por esse meio, quando possível (cf. arts. 246, V e 270 do CPC/2015)”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 394).

Noutro giro, e aqui parece que o paralelo vem a calhar, quando o Estado se coloca em persecução penal não há a exigência do preenchimento de tais requisitos em relação ao acusado. Basta, como disposto no art. 41, CPP,²⁵⁰ que se registre na inicial acusatória apenas elementos mínimos de identificação do acusado. E não se duvide que os limites subjetivos da decisão e amplitude dos efeitos da coisa julgada são também temas caros ao processo penal. De tal sorte, não se acredita na possibilidade de firmar premissas válidas para esse tratamento dicotômico.

Parece ser esse o caminho que se deveria percorrer para que a exigência inscrita no art. 319, II, CPC, não se convertesse em fator de vulnerabilidade processual da parte autora. Certamente tal proposta exige um esforço argumentativo, ainda que não demasiado.

Todavia, o legislador do atual código pavimentou o caminho. Anotou dispositivos absolutamente sensíveis à questão e voltados ao combate deste espectro de vulnerabilidade processual. Os parágrafos do art. 319 vêm ao encontro do que se almeja na promoção do acesso adequado à justiça ao vulnerável.²⁵¹

Nesse sentido, do teor do § 3º é possível elaborar norma de larga amplitude. Sempre que se deparar com uma situação impeditiva da experimentação da garantia de acessar a justiça pela via processual ou, em termos ainda mais precisos, circunstância de vulnerabilidade, não se deve exigir o preenchimento do disposto no inciso II, do art. 319, CPC. Tal norma encontra firme amparo no disposto no art. 5º, XXXV, CRFB/88.²⁵²

²⁵⁰ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

²⁵¹ “Art. 319. A petição inicial indicará:

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.”

²⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

O § 1º do dispositivo sob análise, fundado na perspectiva cooperativa angular do processo, inspira relevante norma efetivadora do contraditório. Ali está consignado que o autor, desconhecendo as informações reclamadas no inciso II relativamente ao réu, pode requerer na exordial que o juiz determine diligências destinadas a obtenção das informações faltantes. O requerimento aludido constitui, verdadeiramente, um dever da parte autora. Inspirado na exigência de observância irrestrita da boa-fé por todos aqueles que participam do processo (art. 5º, CPC), notadamente a lealdade e a ética que se almejam em um processo justo.²⁵³ O nome completo do réu, preferencialmente acompanhado de informações a respeito de sua filiação, para se evitar a confusão com homônimos, ou o prenome (mesmo a indicação de cognome pelo qual o réu é conhecido) juntamente com informações de local em que pode ser encontrado, devem bastar para deflagração das diligências a que se refere o dispositivo legal.

No mesmo sentido aponta o § 2º. O não preenchimento do rol constante do inciso II, posto que realizadas as diligências referidas no parágrafo antecedente, não obsta a citação do réu quando presentes elementos mínimos para sua identificação. Eventuais complementações ou esclarecimentos poderão ser realizados posteriormente, com o ingresso do réu na relação processual.

Ainda antes de se encerrar este tópico mais algumas palavras merecem ser anotadas. Como dito, a previsão legal constante do art. 319, §§ 1º ao 3º, CPC, estabelece fundamental equacionamento entre o acesso à justiça e o efetivo contraditório. Sob a perspectiva do polo ativo da demanda representa um facilitador do acesso à justiça para o vulnerável. Sob o ponto de vista do réu vem privilegiar a citação pessoal – modalidade de citação real – oportunizando de maneira franca e objetiva o ingresso na demanda a fim de sustentar sua pretensão. Ganha a relação processual intensa coloração democrática.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

²⁵³ “É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser *devido* (*giusto*, como dizem os italianos, *equitativo*, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal. Não se poderia considerar *justo* um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos”. (DIDIER JÚNIOR, *Comentário ao novo código de processo civil*, 2016, p. 16).

Aliás, à vista do disposto no art. 256, § 3º, CPC,²⁵⁴ é preciso consignar que as diligências para localização do réu conhecido, que é o caso aqui versado, independem da provocação do autor, porquanto devem ser tomadas de ofício pelo juiz. A uma porque é caminho para um contraditório efetivo, pelo qual deve o juiz zelar (art. 7º, CPC). A duas porque ocupa a citação pessoal posição protagonista, somente se viabilizando a citação por edital – modalidade de citação ficta – quando esgotadas, sem sucesso, as diligências empreendidas para descortinar o paradeiro do réu. O réu citado por edital, que via de regra sequer toma conhecimento da existência do processo em curso, encontra-se em severa condição de vulnerabilidade processual que merece ser combatida.

Premissas desse jaez não merecem ser afastadas pelo apego a um processo civil de outra era, muito distante da atual. Caso ainda se encontre juízes que não titubeiam em fechar as portas do acesso à justiça, deve o Tribunal estar atento para a devida correção de rota.²⁵⁵

²⁵⁴ “Art. 256. A citação por edital será feita:

[...]

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos”.

²⁵⁵ “ACÓRDÃO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUTORES PATROCINADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. RÉUS EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. INOBSERVÂNCIA DO PERMISSIVO CONTIDO NO ART. 256, § 3º, E ART. 319, § 1º, DO CPC. SENTENÇA ANULADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. I. - Considerando a interpretação sistemática dos artigos 6º, 256, § 3º, e 319, § 1º, do CPC/2015, os autores poderão requerer ao juiz a realização das diligências necessárias para obtenção das informações previstas no inciso II, do artigo 319, do CPC/15, não se viabilizando, portanto, o indeferimento da petição inicial antes da realização destas, conforme a realidade do caso concreto. II. - O entendimento pelo indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução do mérito encontra-se equivocado, dado o fato de que os apelantes responderam ao comando de emenda da petição inicial, fazendo regularmente a identificação dos sujeitos passivos da relação jurídica processual da presente ação de usucapião (fls. 02, 43-5 e 48), bem como requereram as diligências de que tratam o artigo 256, § 3º, do Código de Processo Civil, a fim de tentar - pelo princípio da cooperação - suprir a falta de endereço de dois réus por se encontrarem em local incerto e não sabido. III. - *Segundo posicionamento do egrégio TJES o requerimento de diligências, nos termos em que previsto no § 1º, do artigo 319, do CPC/15, revela nítido intuito de compatibilizar o acesso à Justiça com a prestação da tutela jurisdicional efetiva, não podendo ser relegado ao talante do magistrado, desde que lhe sejam oferecidas condições mínimas de procedibilidade* (TJES, Classe: Apelação, 014170110994, Relator substituto Júlio César Costa de Oliveira, Terceira Câmara Cível, DJ: 05-04-2019). 4. - Recurso provido. (TJES, Classe: Apelação Cível 014160325289. Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA - Relator Substituto: JULIO CESAR COSTA DE OLIVEIRA. Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 26/11/2019. Data da Publicação no Diário: 06/12/2019).” Destaque adicionado.

A previsão do art. 554, § 1º, CPC, mais adiante abordada sob outra ótica, também é digna de registro. O autor está dispensado de cumprir a exigência do art. 319, II, CPC, nas pretensões possessórias dirigidas a um grande número de pessoas. A identificação e eventual qualificação dos réus, ou parte deles, poderá ser postergada para o ato de citação. Reza o dispositivo que os ocupantes que estiverem presentes no local no momento da prática do ato serão identificados e os demais, caso existentes, citados por edital. Assim procedendo, as portas para o acesso à justiça pela via do processo adversarial permanecerão abertas para o autor.

Não obstante, também é preciso estar atento à possível vulnerabilidade no polo passivo. Consoante as premissas acima pontuadas, o réu ser informado da existência do processo é etapa elementar na busca de um contraditório efetivo. Dessarte, a citação por edital dos réus que não presenciarem a diligência de citação pessoal, só deve ocorrer após esgotadas, infrutiferamente, as tentativas de identificação desses réus e os possíveis locais em que possam ser encontrados. Aplica-se à hipótese o disposto nos arts. 7º, 319, § 1º e 256, § 3º, todos do CPC.

3.2.3 Curadoria especial

Outro ponto que merece destaque na tutela do vulnerável é a nomeação de curador especial nos casos do art. 72, CPC. Estão contempladas hipóteses de vulnerabilidade processual cuja origem está na incapacidade, de qualquer ordem, da parte e a ausência de representante legal ou, se existente, colisão de interesses entre eles. É a previsão constante do inciso I. No inciso II, por sua vez, a curadoria especial é dada em específicas situações de revelia, réu preso e aqueles citados por edital ou com hora certa, estando ainda condicionada a atuação do curador a não constituição de advogado pela parte.

A especial atenção do legislador dedicada a esses casos é justificada exatamente pela vulnerabilidade desses sujeitos na relação processual. O incapaz demanda representante legal ou assistente para a prática dos atos da vida civil (arts. 3º e 4º, CC) e, por consequência - já que atos processuais é espécie do gênero atos da vida civil - também para expor sua pretensão em juízo (art. 71, CPC). Torna-se vulnerável, ademais, mesmo com a atuação de representante legal, em casos de

conflito de interesses entre eles. Veja que se fosse dado ao representante legal continuar neste ofício haveria grande probabilidade, segundo juízo do legislador, de tergiversação.²⁵⁶ É possível, e quase que natural, que o representante empreendesse esforços a seu favor em detrimento do representado incapaz. Tolhendo-se, por conseguinte, a efetiva defesa da pretensão do vulnerável a partir de uma atuação furtiva e de má-fé de seu representante.

Quanto ao réu preso revel a atuação de curador especial também é absolutamente justificável diante da privação da liberdade imposta e a dificuldade que pode existir em se contratar advogado nessa condição, o que o levaria a experimentar clara situação de vulnerabilidade processual. Parece ser essa a premissa do legislador. Todavia, fica o registro que não se encontra as mesmas amarras no apenado que se encontra em regime aberto de cumprimento de pena ou em livramento condicional. Logo, inexistindo circunstância limitadora da liberdade que em potencial poderia comprometer a contratação de advogado, não se aplicaria a previsão de atuação de curador especial. Mas, vale reforçar, não há qualquer distinção no código quanto ao regime de cumprimento de pena.

Para os réus revéis citados com hora certa ou por edital é preciso pontuar que se está diante de modalidade de citação ficta. Logo, não se sabe se o réu, efetivamente, tomou conhecimento da demanda que lhe é dirigida. Não parece passar pelo crivo da justiça ser o réu, nessas hipóteses, “sancionado” com o transcurso do processo sem qualquer resistência à pretensão autoral. A tutela, através de atuação de curador especial, é justificada para atender a garantia do contraditório, já que não se sabe se o réu, deliberadamente, não quis se valer dessa garantia processual secular ou, sequer, tomou conhecimento da existência do processo. Na dúvida, optou o legislador em prestigiar a garantia, *tout court*. Ademais, é importante rememorar que a atuação de curador especial “além de permitir a defesa do hipossuficiente jurídico, garante o interesse social de realização do devido processo legal, que é considerado verdadeiro direito humano”,²⁵⁷

²⁵⁶ Aqui empregado no sentido de que o representante poderia usar de subterfúgios para atender a própria pretensão.

²⁵⁷ CASAS MAIA, Maurílio; OLIVEIRA, Pedro González Montes de. Legitimidade institucional e a nomeação judicial do defensor público como curador especial. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 26, n. 27 (dez. 2017). Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017, p. 94. Disponível em:

conforme disposto nos arts. 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Acerca do parágrafo único do artigo em comento é preciso tecer uma observação de cunho pedagógico. Está consignado que o ofício da curatela especial será, nos termos da lei, exercido pela Defensoria Pública. Por outro lado, o *caput* prevê que “o juiz nomeará curador especial”. Por conseguinte, a interpretação desses excertos conduz ao fato comum de juízes nomearem defensores públicos para o *múnus*. *Data venia*, há aqui um equívoco.²⁵⁸

Em consonância com Celso Antônio Bandeira de Mello é possível afirmar que nomeação é ato de provimento autônomo ou originário de servidor em cargo público.²⁵⁹ A nomeação de defensor público é ato *interna corporis*,²⁶⁰ afastado, com efeito, das atribuições de ente externo, sob pena de violação da tão cara autonomia funcional, consagrada no art. 134, CRFB/88.²⁶¹ Também não depende o defensor público de qualquer ato complementar específico que lhe invista dos poderes para

<<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/639e7287be8b4aff8ce2aa4e6c08b3ab.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁵⁸ “De fato, é comum deparar-se na prática forense com provimentos jurisdicionais nomeando determinado Defensor Público para funcionar como curador especial, indicando inclusive o órgão em que atua ou o nome do profissional. Entretanto, tal proceder desconsidera os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade da Defensoria Pública, previstos no artigo 134, § 4º, da Constituição Federal e artigo 3º, da Lei Complementar nº 80/94 – além de afrontar ao princípio do defensor natural. Afinal, a Defensoria Pública é um todo orgânico, não estando sujeita a rupturas ou fracionamentos, de modo que os seus membros podem substituir uns aos outros – de acordo com o regramento legal – sem qualquer prejuízo para a atuação da Instituição ou para a validade do processo. Logo, quem atua como curador especial no processo é a Defensoria Pública e não o Defensor Público. Esse não age em nome próprio, mas sim no da instituição a qual *presenta*. Portanto, a retrocitada indicação do provimento judicial não deve surtir qualquer efeito vinculativo”. (MAIA; OLIVEIRA, *Legitimidade institucional e a nomeação judicial do defensor público como curador especial*, 2017, p. 96-97).

²⁵⁹ “A única forma de provimento originário é a *nomeação*, a qual se define, pois, como o provimento autônomo de um servidor em cargo público”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 283).

²⁶⁰ “Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). I – abrir concurso público e prover os cargos de suas Carreiras e dos serviços auxiliares;”. (Lei Complementar nº 80 de 1994).

²⁶¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

atuar no feito.²⁶² Nem mesmo o instrumento de mandato é exigido, nos casos em que a Defensoria Pública é provocada pessoalmente pelo titular do direito à prestação da assistência,²⁶³ sendo a praxe que o defensor público instrua a inicial, a peça de resposta ou a petição de intervenção com o termo de declarações colhido do assistido e por ele assinado.

Na mesma linha, imperioso mencionar que a atuação da Defensoria Pública, como organismo estatal, só deve ocorrer com estrita observância do Princípio da Legalidade, isso quer dizer que “a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”.²⁶⁴ De tal sorte, a salvo de previsão legal, não poderia a Defensoria Pública exercer suas atribuições institucionais.

Cumprido, por certo, voltar os olhos para legislação e dela extrair o fundamento, já pressuposto, de atuação da Defensoria Pública. Nesse sentido, é que se colhe do art. 4º, XVI, da LC nº 80/94, o comando para atuação no múnus de curador especial.²⁶⁵ No ensejo, existindo previsão legal, a Defensoria Pública tem o dever-poder de atuar no feito e, lado outro, caso não existisse, a atuação seria *contra legem*.

Por tais razões, descabido o ato do juiz de nomeação de defensor público para o exercício da curadoria especial. Identificada a hipótese prevista na norma, basta que o juiz, por despacho, remeta os autos à Defensoria Pública com atribuições junto ao juízo.

3.2.4 Tutela do hipossuficiente (a gratuidade de justiça)

Cumprido avançar para um dos temas mais caros à tutela do vulnerável, especificamente o hipossuficiente, isto é, aquele que manifesta vulnerabilidade

²⁶² “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] § 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público”. (Lei Complementar nº 80 de 1994).

²⁶³ “Art. 287. A petição inicial deve vir acompanhada de procuração, que conterà os endereços do advogado, eletrônico e não eletrônico. Parágrafo único. Dispensa-se a juntada da procuração: [...]. II - se a parte estiver representada pela Defensoria Pública;”.

²⁶⁴ MELLO, *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 93.

²⁶⁵ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]. XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei;”.

processual em razão de frágil condição financeira. Trata-se da gratuidade da justiça, versada na Seção IV dos mesmos Livro, Título e Capítulo acima referidos.

Conforme já anotado e referenciado em títulos próprios neste texto, o acesso à justiça presente no modelo de Estado Liberal apresentava uma concepção absolutamente restritiva. O liberalismo via na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado um negócio possível de ser celebrado somente por aqueles que poderiam pagar pelo serviço. A ausência de políticas públicas distributivas de serviços estatais, inclusive de tratamento de conflitos, acabava por deixar a parcela pobre da população sujeita, unicamente, a via da autocomposição extrajudicial para esse fim. O que nem sempre, por certo, é uma alternativa viabilizada pela postura de uma das partes ou mesmo de ambas.

Passo seguinte, com a releitura dos princípios da liberdade e igualdade, pedras angulares do ideal liberalista, a partir de premissas de solidariedade, rompe-se o paradigma de Estado anterior e outro emerge, o Estado Social. Nesse são introduzidas e ganham corpo políticas públicas distributivas e ao acesso à justiça é conferido o adjetivo universal.

Nesse compasso, barreiras econômicas para o acesso aos mecanismos estatais de tratamento de conflito são combatidas. O novo pacto social é dotado de contornos fraternos. Dessarte, aqueles que podem pagar sustentam financeiramente o serviço que passa a ser ofertado a todos, indistintamente.

Consoante já exposto acima, é justamente deste ponto que se ocupa a primeira onda de acesso à justiça ilustrada no Projeto Florença. A quebra dessas barreiras é fundamental para que se alcance a proclamada universalidade do acesso. Duas devem ser as vertentes de trabalho, segundo relatório final da pesquisa coordenada pelos Professores Cappelletti e Garth. Uma dedicada à eliminação dos custos (taxas judiciárias de toda ordem e honorários de advogado) e outra de financiamento público de mandatários dedicados à representação do pobre em juízo, singular ou coletivamente.

Voltando os olhos para o Código de Processo Civil é possível colher a amplitude da gratuidade da justiça conferida pela norma construída a partir do que ali está positivado.²⁶⁶ Dispõe o art. 98 que se o quadro é de insuficiência de recursos a gratuidade, que alcança custas, despesas e honorários advocatícios, pode ser conferida à pessoa física ou jurídica. No § 1º está o elenco de atos abarcados pela gratuidade, o que compreende atos de postulação (incisos I, II, VII e VIII), atos de publicidade (inciso III), destinados à instrução processual (incisos IV, V e VI) e atos das serventias extrajudiciais que visam dotar de efetividade os comandos judiciais (inciso IX).

A disposição é novidade trazida pelo CPC atual, uma vez que apenas em duas passagens o código revogado mencionava o tema da gratuidade sem qualquer propósito regulador da matéria.²⁶⁷ Desta feita, a questão naquele tempo era tratada pela Lei nº 1.060/50, diploma que já reclamava alterações, mormente após o advento da CRFB/88.²⁶⁸

²⁶⁶ Em breve esboço histórico Barbosa Moreira assinala que a expressão “assistência judiciária” apareceu pela primeira vez em sede constitucional no texto de 1934. Foram estabelecidas duas ordens de providência: “a isenção de custas, taxas, emolumentos e selos” e a obrigatoriedade da União e Estados criarem “órgãos especiais” para assistir os necessitados. Por outro lado, nenhuma linha sobre o tema ocupou a Constituição de 1937. Todavia, ainda que ao arpejo do texto constitucional vigente, o CPC/39 previu a assistência judiciária nos arts. 68 e seguintes, com destaque para a previsão no *caput* do próprio art. 68 da clássica lição de que para ter direito a justiça gratuita não deveria a parte estar em condições de pagar as custas do processo, “sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. A matéria voltou ao texto constitucional em 1946 que, precisamente, no art. 141, § 35, dispôs que “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Dispositivo que foi considerado meramente “programático”, ganhando efetividade com o advento da Lei nº 1.060/50. A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969 não trouxeram novidade, apenas conservaram em seus textos a previsão de que o Estado prestará assistência aos necessitados, nos termos da lei. Permaneceu vigente a Lei nº 1.060/50 que, todavia, sofreu diversas alterações promovidas pelas Leis 6.564/79, 6.707/79, 7.115/83, 7.288/84 e 7.510/86. Na CRFB/88 é destacada a importância a que foi elevada a matéria ao ser incluída no rol de direitos e garantias individuais, além do acréscimo do adjetivo “integral” à assistência. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: *Temas de direito processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 49-57).

²⁶⁷ “Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. [...]

Art. 687. O edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local. (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994). § 1º A publicação do edital será feita no órgão oficial, quando o credor for beneficiário da justiça gratuita”.

²⁶⁸ Como a previsão do art. 3º, II, de isenção de custas e emolumentos devidos aos juízes e membros do Ministério Público.

Pelo ensejo da reforma processual a matéria passou a ser tratada de maneira detida no código. O atual diploma processual foi responsável pela revogação dos arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da mencionada lei, conforme disposto no art. 1.072, III, do referido diploma. Revogação tímida, conforme anotado por José Augusto Garcia de Sousa.²⁶⁹ O CPC incorporou jurisprudência firmada²⁷⁰ além de dispositivos da Lei nº 1.060/50, dando-lhes contornos mais compatíveis com o quadrante constitucional vigente,²⁷¹ passando a ocupar o protagonismo no tema da gratuidade da justiça e de tal maneira cumprindo o que se espera de uma codificação robusta com propósito de regradar o processo civil pátrio.

Ainda no que toca a atos que estão abarcados pela gratuidade da justiça do art. 98, § 1º, CPC, merece uma singela anotação o disposto no inciso IX.

Avançou o legislador processual de codificação, de maneira inédita, sobre os atos praticados pelas serventias extrajudiciais. Pode causar espécie a previsão em um código de processo que estende para atos extraprocessuais o regime de gratuidade. Entretanto, os atos praticados por notários e registradores, a exemplo do registro de usucapião declarada pelo juízo ou de formal de partilha, são imprescindíveis para dotar o comando judicial da segurança esperada e dos efeitos que lhe dão margens mais elásticas quanto à efetividade, como o efeito *erga omnes*.

²⁶⁹ “Aliás, não se entende a razão pela qual não houve a revogação integral da Lei 1.060/50. Os dispositivos mantidos parecem prejudicados ou inócuos. Veja-se logo o art. 1º da Lei 1.060: ‘Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei’. Fosse descartado este dispositivo, faria alguma diferença? Evidentemente que não. Por seu turno, o art. 5º, também preservado, compõe-se de normas implicitamente revogadas ou totalmente desatualizadas. Para ficar em só mais um exemplo de preservação inexplicável, o art. 14, que atenta manifestamente contra a autonomia dos profissionais liberais, há muito não é aplicado.

Assim, apenas formalmente continuará em vigor a Lei 1.060/50, transformada em inexpressivo espectro pelo insuficiente art. 1.072, III, do CPC/15. Merecia a Lei 1.060/50, pelos relevantes serviços que prestou, descansar em paz de forma plena”. (SOUZA, José Augusto Garcia de. *Comentários ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 161).

²⁷⁰ Foi incorporada ao código, por exemplo, jurisprudência firme no sentido de que a presunção *iuris tantum* de veracidade da alegação de hipossuficiência fica restrita à pessoa natural. Pessoas jurídicas não gozam da presunção e, como tal, mantêm consigo o ônus de provar a, porventura, alegada hipossuficiência. Conferir a decisão tomada pelo STJ no *leading case* EREsp 603.137-MG, disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702248799&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁷¹ A exemplo, o disposto no art. 98, § 1º, V, com a extensão para outros exames da gratuidade então conferida somente ao exame genético de DNA, em previsão inserida na Lei nº 1.060/50 pela Lei nº 10.317/01.

A cobrança de emolumentos do sujeito que enquanto parte processual não precisou despender recursos para sustentar e emplacar sua pretensão representaria obstáculo difícil de explicar, pois guardaria um ranço de tratamento discriminatório para se acessar justiça, em razão das condições de fortuna, traço característico de outro modelo de Estado. Ademais, corria-se o risco de gerar um sentimento de incompletude na solução da causa. Afinal, quem demanda pela declaração de usucapião quer ver seu nome figurar junto à matrícula do imóvel usucapido, tal como ocorre com quem deseja o registro do formal de partilha ao final do inventário e aquele que pretende enxergar em uma nova via da certidão de casamento a averbação do divórcio do casal.

Uma outra importante questão é que ao titular da serventia de notas ou registro não é dado, sequer, recusar a confecção do ato, ainda que haja suspeita de que em data contemporânea à solicitação do serviço o sujeito já não preencha pressupostos para obtenção da gratuidade. Consoante disposto no § 8º, do art. 98, CPC, deve oficial praticar o ato e somente depois provocar o juízo indagando acerca da manutenção da gratuidade. Caso confirmada a suspeita deverá proceder à revogação total ou parcial do ato ou ainda, a depender das circunstâncias, propor o parcelamento do pagamento dos emolumentos.

O parcelamento das despesas processuais é possibilidade prevista no § 6º, do dispositivo sob análise. Também novidade introduzida pelo código e valiosa contribuição para a disciplina desta matéria. Mostra-se aplicável aos casos em que a parte encontra-se em zona intermediária entre aqueles que podem pagar em uma só parcela e aqueles que não podem fazer frente às despesas de nenhuma maneira. Se bem aplicada, é norma que pode contribuir, sobremaneira, para o acesso à justiça, equacionando o financiamento do sistema com o objetivo de colocar a disposição de todos o serviço estatal de tratamento de conflitos por meio do processo.

Quanto ao custeio do sistema é importante consignar que a responsabilidade de quem litiga sob a gratuidade da justiça é a mesma daqueles a quem não é dada essa prerrogativa (art. 98, § 2º, CPC). Todavia, a concessão da gratuidade é causa

suspensiva da exigibilidade do pagamento das custas, taxas e honorários de sucumbência.²⁷² A prescrição da pretensão de recebimento dessas rubricas ocorre decorridos 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 98, § 3º, CPC).

Quanto às multas processuais, porventura aplicadas à parte que na relação goza da gratuidade da justiça, não contam com dispensa de recolhimento, isto é, a inexigibilidade fica restrita às despesas (custas, emolumentos e honorários), conforme prescrição do art. 98, § 4º, CPC. A medida é salutar para o melhor andamento do processo e tutela da boa-fé, pois “a pobreza não justifica, ao nosso ver, a concessão de um *bill* de indenidade quanta a comportamentos antijurídicos”.²⁷³ Acerca do tema foi editado o Enunciado 623 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no encontro realizado em Santa Catarina no período de 24 a 26 de março de 2017 (VIII FPPC). O Enunciado registra com clareza o sentido da locução adverbial “ao final” contida no referido dispositivo legal ao afirmar a inexigibilidade do pagamento de multa para se veicular pretensão recursal.²⁷⁴

Por sua vez, os arts. 99 e 100, CPC, cuidam das questões formais, isto é, instrumentalizam a postulação da gratuidade de justiça, a impugnação e o julgamento. Com maior rigor técnico o art. 99, *caput*, e § 1º, CPC, preveem os momentos em que as partes poderão deduzir pedido de gratuidade. Fez questão o legislador do código de consignar, expressamente, que a contestação, a petição de ingresso de terceiro e a petição recursal podem veicular a pretensão de não pagar as despesas processuais, o que não consta do texto da Lei nº 1.060/50, mesmo após alterações sofridas.

²⁷² Enunciado 622 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. “(arts. 95, § 4º e 98, §§ 2º, 3º e 7º) A execução prevista no § 4º do art. 95 também está sujeita à condição suspensiva de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98”. (Grupo: Gratuidade da justiça, petição inicial, contestação e fase de organização e saneamento).

²⁷³ MOREIRA, *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, 1994, p. 52-53.

²⁷⁴ Enunciado 623 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 98, § 1º, VIII e § 4º) O deferimento de gratuidade de justiça não afasta a imposição de multas processuais, mas apenas dispensa sua exigência como condição para interposição de recursos”. (Grupo: Gratuidade da justiça, petição inicial, contestação e fase de organização e saneamento).

O código, ademais, não deixou de contemplar a possibilidade de pedido mesmo após a primeira oportunidade de manifestação das partes na instância, o que pode ser feito por petição simples (§ 1º), tal como previsto na lei extravagante citada (art. 6º). Neste caso, importantes diferenças no processamento podem ser notadas.

Mantida a presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência deduzida (art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, com redação dada pela Lei nº 7.510/86, e art. 99, § 3º, CPC), pedido e impugnação devem ser deduzidos nos próprios autos, independente se versados na primeira oportunidade de manifestação da parte na instância, em simples petição se já passado esse momento ou na petição recursal (arts. 99, § 1º e 100, *caput*, ambos do CPC).

Diversamente previam os arts. 4º, §2º e 6º, ambos da Lei 1.060/50, aquele com redação dada pela Lei nº 7.510/86. Sob a vigência desses dispositivos, revogados pelo atual código, instaurava-se incidente de impugnação ao pedido de justiça gratuita, com tramitação própria e nem sempre coincidente com o andamento da ação proposta. É ponto comum entre os dois regramentos a previsão de que não haverá suspensão do transcurso do processo para o processamento de eventual impugnação ao pedido de gratuidade, como se pode colher dos artigos aqui referidos.

O julgamento do pedido também foi objeto de maior precisão técnica. A redação do art. 5º da Lei nº 1.060/50 é confusa ao assinalar que “o juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento...”. Isso porque o que se espera de um julgamento é precisamente o deferimento ou indeferimento do pedido, razão pela qual é difícil compreender o indeferimento em momento ainda anterior ao julgamento, como previsto logo no início do dispositivo. Afora isso, há uma questão lógica não resolvida. A conclusão pelo indeferimento já é, necessariamente, julgamento.

De toda sorte, prevê o § 2º do art. 99, CPC, que o pedido só poderá ser indeferido diante da presença de elementos que evidenciem não ser o postulante hipossuficiente e, ainda assim, já não há previsão para o julgamento de plano. Como expressão dos princípios da cooperação entre os sujeitos processuais e vedação de

decisões surpresa, o juiz deve oportunizar, mediante intimação de quem pleiteia a gratuidade, a comprovação da condição exigida pela norma (hipótese de sanabilidade), para só depois decidir o pleito. Por tais razões, já não se deve aplicar o *caput* do art. 5º da Lei nº 1.060/50. Aliás, também no tema da assistência judiciária gratuita esse dispositivo em quase toda totalidade é inaplicável, como mais adiante se verá.

Nos casos em que a pretensão de gratuidade é dirigida ao Tribunal o recorrente é dispensado do preparo. Se indeferido o requerimento pelo relator deve o recorrente ser intimado para realizar o recolhimento (art. 99, § 7º, CPC). Não obstante a ausência de previsão legal expressa, como exposto no mencionado § 2º, mas à vista dos mesmos princípios acima referidos, deve o relator, antes de indeferir a gratuidade, determinar a intimação do recorrente para que este comprove a condição de hipossuficiência.

Considerando o caráter personalíssimo da decisão concessiva da gratuidade de justiça (art. 99, § 6º, CPC) e a norma segundo a qual o crédito relativo a honorários de sucumbência é titularizado pelo advogado,²⁷⁵ em caso de recurso em que se busca, exclusivamente, discutir a verba honorária não está o advogado dispensado do preparo, ainda que seu constituinte conte com o deferimento da gratuidade. Lado outro, deverá o advogado comprovar a sua própria hipossuficiência para se ver livre do recolhimento.

Seguindo orientação lançada pelo código, firme nos arts. 98, *caput*, e 99, § 6º, não se empregou o signo “benefício” ao se versar sobre a gratuidade da justiça. Trata-se de empreendimento proposital, porquanto se está diante de direito fundamental da parte vulnerável, livre da mácula de generosidade ou mera liberalidade estatal, ou de quem quer que seja. No ponto merecem reparo os arts. 968, § 1º - para dispensar do recolhimento do depósito para propositura de Ação Rescisória a parte que tiver obtido o reconhecimento do direito de gratuidade de justiça – 1.021, § 5º – dispensa a parte que litiga valendo-se do exercício do direito de gratuidade de recolher a

²⁷⁵ “Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. (Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

multa aplicada em razão do agravo interno ter sido declarado manifestamente inadmissível ou rejeitado por decisão unânime, caso deseje apresentar novo recurso – 1.026, § 3º – que no caso de aplicação de multa por reiteração de embargos de declaração considerados protelatórios dispensa a parte que goza do direito de gratuidade de justiça de recolher o respectivo valor em caso de apresentação de outro recurso²⁷⁶ e, da mesma forma, o art. 95, § 3º,²⁷⁷ que trata do pagamento da perícia em casos de gratuidade de justiça.²⁷⁸ “Afim, convém nos livrarmos definitivamente do viés caritativo e paternalista que marcou durante muito tempo, no Brasil (e em vários outros países), a defesa jurídica dos pobres”.²⁷⁹

Caminhando para o encerramento desse tema não se poderia deixar passar despercebida outra inovação trazida pelo legislador do atual código. Parece relevante um comparativo entre os arts. 925, CPC/73²⁸⁰ e 559, CPC/15.²⁸¹ Num e

²⁷⁶ “Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça;

[...]

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

[...]

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

[...]

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

²⁷⁷ “Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

[...]

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:”.

²⁷⁸ Somam-se a essas disposições para os mesmos fins os arts. 1.021, § 5º e 1.026, § 3º, ambos do CPC.

²⁷⁹ SOUZA, *Comentários ao novo código de processo civil*, 2016, p. 162.

²⁸⁰ “Art. 925. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa”.

²⁸¹ “Art. 559. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de sucumbência, responder por perdas e danos, o juiz designar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução, real ou

noutro dispositivo cuidou o legislador de dedicar cuidado no deferimento e manutenção de tutelas possessórias em caráter provisório, ao exigir que o beneficiário da medida tenha saúde financeira para arcar com eventual dano causado em caso de reversão da tutela provisória, visto que “a caução real ou fidejussória tem, portanto, natureza *contracautelar*, apta que é ao evitamento do chamado *periculum in mora inverso*”.²⁸²

A diferença fundamental entre os dois textos legais consiste na previsão no dispositivo em vigor da dispensa da caução para o hipossuficiente. Com efeito, caso deferida tutela provisória em benefício da parte que conta com a gratuidade da justiça não haverá exigência da caução. Trata-se de uma modificação pontual, mas de grande relevância para a temática do acesso à justiça.

O art. 925, CPC/73, tal como redigido, deixava o vulnerável financeiro de fora da possibilidade de obtenção de tutela possessória provisória. O art. 559, CPC/15, promoveu uma correção de rota, extirpando do ordenamento processual esse tratamento desigual. Entre a segurança patrimonial, em relação a um dano que poderia não se concretizar, e um eficiente acesso à justiça para o hipossuficiente, isto é, em tempo e modo oportunos, injustificável a manutenção da exigência de garantia.

Para arrematar este tópico dedicado à tutela do hipossuficiente, cumpre registrar que não se desconhece a proteção do patrimônio mínimo²⁸³ conferida pelas regras de impenhorabilidade previstas no art. 833, CPC.

Não obstante, tendo em vista o corte metodológico imposto e a compreensão da vulnerabilidade processual para efeito desta pesquisa firmada linhas atrás, esse estudo passará ao largo da análise da norma da impenhorabilidade. E assim o faz por se entender que a tutela ali versada é de cunho material, protegendo o indivíduo

fidejussória, sob pena de ser depositada a coisa litigiosa, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”.

²⁸² WOLKART, Erik Navarro. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 898.

²⁸³ A respeito da proteção do patrimônio mínimo conferir: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177. Rio de Janeiro. Jul./set. 1989, p. 29-49 e FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de circunstâncias que, especificamente, não fragilizam a sua posição processual, isto é, por si só não representam óbice ao exercício de direitos e prerrogativas processuais. Em síntese: o dispositivo, com forte coloração promovida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, privilegia construção de norma que tutela a condição de pessoa e não propriamente de parte processual.

3.2.5 Defensoria Pública

A Lei nº 1.060/50 não faz distinção entre o serviço dedicado ao vulnerável e a não exigibilidade das despesas. Trata, a seu turno, serviço e despesa sob a rubrica assistência judiciária, posto que “se referiam duas dimensões realmente distintas, se bem que complementares, do fenômeno”.²⁸⁴ Esse ponto também foi objeto de maior apuro técnico no atual código.

Cuidou o código do melhor emprego da linguagem.²⁸⁵ O ponto em que se dedica atenção no tópico acima diz respeito, tão somente, as despesas do processo. Desta feita, no atual CPC cuidou o legislador nos arts. 98 a 102, da técnica da justiça gratuita, assim compreendida como suspensão da exigibilidade do custeio das taxas, custas e honorários de sucumbência. Não obstante a cláusula geral contida no art. 98, § 1º, VIII, CPC, o código ainda prevê a inexigibilidade de maneira

²⁸⁴ MOREIRA, *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, 1994, p. 50.

²⁸⁵ Cumpre pontuar as diferenças terminológicas entre gratuidade de justiça, assistência judiciária e assistência jurídica, bem observadas pelo legislador no código. Nesse diapasão, recorre-se à lição de José Augusto Garcia de Sousa que, didaticamente, anota: “Qual é, inicialmente, a diferença entre as assistências judiciária e jurídica? É uma diferença de amplitude. Enquanto a assistência judiciária diz respeito à atividade técnica de patrocinar causas e defender interesses em juízo, a assistência jurídica é mais abrangente, envolvendo também atuações antes e fora do processo judicial – não raro o evitando -, a exemplo da educação em direitos, da consultoria jurídica, da resolução de conflitos por meios alternativos e da defesa em processo administrativo.

E a gratuidade da justiça (ou justiça gratuita)? Em que se estrema das assistências jurídica e judiciária? A gratuidade significa isenção de pagamento, que pode ocorrer não só judicialmente, mas também no tocante a emolumentos devidos a notários ou registradores”. (SOUZA, *Comentários ao novo código de processo civil*, 2016, p. 161-162). Na mesma toada, e com destaque para a novidade implementada em sede constitucional pela CRFB/88, que passou a adotar o gênero “assistência jurídica”, em detrimento de “assistência judiciária” presente nos textos anteriores, pontifica Barbosa Moreira: “A mudança do adjetivo qualificador da ‘assistência’, reforçada pelo acréscimo do ‘integral’, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem *jus* agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos”. (MOREIRA, *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, 1994, p. 59).

expressa e exclusivamente dedicada ao vulnerável no art. 95, § 3º, quanto ao pagamento da perícia requerida pela parte que goza da gratuidade da justiça.²⁸⁶ Semelhante previsão é ainda encontrada em outras situações específicas como a dispensa do depósito prévio para admissibilidade da Ação Rescisória, conforme art. 968, § 1º,²⁸⁷ e, no âmbito recursal, os arts. 1.021, § 5º²⁸⁸ e 1.026, § 3º.²⁸⁹ Essas últimas, todavia, não dotadas do caráter de exclusividade da tutela do vulnerável, haja vista a extensão para outros sujeitos. Lado outro, posto que não previsto expressamente, a exigência contida no art. 92, CPC,²⁹⁰ não alcança a parte que gozou da gratuidade da justiça no processo prematuramente extinto, já que

²⁸⁶ “Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

[...]

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

[...]

§ 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública”.

²⁸⁷ “Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319 , devendo o autor:

[...]

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça”.

²⁸⁸ “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final”.

²⁸⁹ “Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

[...]

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

²⁹⁰ “Art. 92. Quando, a requerimento do réu, o juiz proferir sentença sem resolver o mérito, o autor não poderá propor novamente a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários a que foi condenado”.

conferida a inexigibilidade pela cláusula geral do art. 98, § 1º, VIII, do mesmo código.²⁹¹

A atividade (assistência) é tratada no Livro III, Título VII, arts. 185 a 187, reservado para a Defensoria Pública, encontrando ressonância nos arts. 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88, e na Lei Complementar nº 80/1994.²⁹² Essa instituição, qualificada pelo constituinte como permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, além de ser expressão e instrumento do regime democrático, foi esboçada desde as linhas constitucionais com uma única vocação, qual seja, a tutela do vulnerável, individual ou coletivamente.

Segundo previsto no art. 134, *caput*, CRFB/88, arts. 1º, LC nº 80/94, e 185, CPC, cabe a Defensoria Pública a orientação jurídica,²⁹³ a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados, em todos os graus, de maneira integral e gratuita.

Para desempenhar seu mister segundo os interesses do público por ela assistido, à Defensoria Pública foram conferidas fundamentais prerrogativas institucionais e asseguradas garantias a seus membros, além da diretriz de organização segundo os

²⁹¹ Após afastarem a inexigibilidade do pagamento de que cuida o art. 92, CPC, para o sujeito que não gozou da gratuidade no processo extinto lecionam Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira: “Diversa é a situação do autor que já era beneficiário da gratuidade no primeiro processo. Nesse caso, o réu somente pode invocar o impedimento de que fala o art. 92 provando que aquele beneficiário obteve incremento de fortuna e desde que o argumento seja invocado dentro de cinco anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida no primeiro processo (art. 98, § 3º, CPC)”. (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 51).

²⁹² Com intuito exemplificativo vale conferir:

“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

[...]

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;”.

²⁹³ “Por orientação jurídica deve-se entender, de forma amplificada pela expressão judicial e extrajudicial, a assessoria, a consultoria e a postulação, assim como a educação em direitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem, além de atribuições não jurídicas, como a assistência multidisciplinar, o fomento da participação popular nas decisões institucionais, a participação em conselhos e comissões temáticas, entre outras”. (ROCHA, Jorge Bheron. *Breves notas sobre a Defensoria Pública e o novo CPC*. In: CAÚLA, Bleine Queiros et al (Org.); MIRANDA, Jorge et al (Coord.). *Diálogos ambiental, constitucional e internacional*. vol. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 295).

princípios da unidade,²⁹⁴ indivisibilidade²⁹⁵ e independência funcional.²⁹⁶ Conforme o § 2º do art. 134, CRFB/88, são prerrogativas a autonomia funcional²⁹⁷ e administrativa,²⁹⁸ inclusive autonomia financeira,²⁹⁹ e a iniciativa de sua proposta orçamentária.³⁰⁰ Os defensores públicos gozam da garantia da inamovibilidade,³⁰¹ segundo o art. 134, § 1º, CRFB/88, além da estabilidade, própria de ocupantes de

²⁹⁴ “A unidade da Defensoria Pública significa que seus membros integram um só órgão, sob única direção de um Defensor Público-Geral. Evidentemente, o princípio da unidade há que ser visto como unidade dentro de cada Defensoria Pública, vale dizer, não existe unidade entre a Defensoria Pública da União e as Defensorias Públicas dos estados, tampouco entre a Defensoria Pública de um estado e a de outro”. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 719).

²⁹⁵ “A indivisibilidade admite que os integrantes da carreira possam ser substituídos uns pelos outros, desde que da mesma carreira, segundo as prescrições legais”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.029).

²⁹⁶ “Conforme a diretriz da independência funcional, o defensor não deve satisfações a ninguém, mas apenas a sua própria consciência, podendo desagradar aqueles que se sentirem ofendidos por sua atuação, sem que sofra represálias ou retaliações de quem quer que seja”. (BULOS, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 1.443).

²⁹⁷ “A autonomia funcional garante à Defensoria Pública plena liberdade de atuação no exercício de suas funções institucionais, submetendo-se unicamente aos limites determinados pela Constituição Federal, pela lei e pela própria consciência de seus membros. Diante de sua autonomia funcional, a Instituição se encontra protegida de toda e qualquer ingerência externa, garantindo-se aos Defensores Públicos a possibilidade de agir com liberdade na defesa dos direitos das classes socialmente oprimidas, inclusive contra o próprio Poder Público”. (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública: de acordo com a EC 74/2013*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 54).

²⁹⁸ “Autoadministração dá ideia de capacidade de gerir os próprios negócios, mas com subordinação a leis postas pelo ente central”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 573).

²⁹⁹ Diogo Esteves e Franklyn Roger fazem o seguinte registro: “Embora o art. 134, § 2º, da CRFB não faça menção expressa à autonomia financeira da Defensoria Pública, esta ideia encontra-se integralmente contida no referido dispositivo constitucional”. Logo adiante complementam: “Portanto, tendo a Defensoria Pública a prerrogativa de elaborar sua proposta orçamentária e tendo a Instituição plena liberdade na gestão dos recursos, possui, em verdade, autonomia financeira, mesmo que não tenha o legislador constituinte se utilizado de tal denominação técnica. (ESTEVES; SILVA, *Princípios institucionais da defensoria pública: de acordo com a EC 74/2013*, 2014, p. 66).

³⁰⁰ “A Constituição Federal estabelece, ainda, que se aplica às Defensorias Públicas, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição (art. 134, § 4º). No tocante ao art. 93, temos que a lei complementar que disporá sobre a organização das Defensorias Públicas *deverá observar, no que couber, os princípios constitucionalmente impostos à organização da Magistratura*. Por sua vez, o inciso II do art. 96 assegura às Defensorias Públicas a *autonomia administrativa para propor ao Poder Legislativo*, dentre outras medidas, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros”. Destaques no original. (PAULO; ALEXANDRINO, *Direito constitucional descomplicado*, 2017, p. 719-720).

³⁰¹ “A gênese da inamovibilidade significa a preservação do núcleo de atribuições funcionais e territoriais do órgão da Defensoria Pública existentes por ocasião da investidura do agente no órgão. A consequência da garantia é a impossibilidade de o defensor público ser desalijado de seu órgão de atuação, por expedientes escusos, contra a sua vontade ou fora das excepcionais hipóteses previstas em lei”. (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A inamovibilidade dos membros da defensoria pública e o interesse público institucional. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 26, n. 27 (dez. 2017). Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017, p. 28. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/639e7287be8b4aff8ce2aa4e6c08b3ab.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2020).

cargo público, e irredutibilidade de subsídio, conferida a quem exerce função pública remunerada segundo essa rubrica.

O art. 186, CPC, traz importantes técnicas para o desempenho da atividade de defensor público e que refletem direta e positivamente na salvaguarda das pretensões de seus assistidos. O *caput* e o § 1º repetem previsão já contida no art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, incluído pela Lei nº 7.871/89, com mais clareza e a devida filtragem constitucional do pós-88.³⁰²

Prescreve o art. 186, *caput*, CPC, que a Defensoria Pública goza de prazo em dobro em todas as suas manifestações processuais³⁰³, tal como a parte final do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50. É preciso observar que não há no dispositivo do código menção a serviço de assistência judiciária estatal que não seja exercido através de atuação de defensor público, retirada a possibilidade de se considerar exercício de cargo equivalente. Reflete-se, de tal sorte, a opção manifestada pelo constituinte originário de monopólio pela Defensoria Pública do serviço estatal de prestação de assistência jurídica, promoção de direitos humanos e defesa do vulnerável.³⁰⁴

³⁰² “Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.”

“Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

[...]

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

³⁰³ Exceção feita quando a lei prescrever expressamente prazo para a Defensoria Pública (art. 186, § 4º, CPC).

³⁰⁴ Considera-se, por conseguinte, a inconstitucionalidade da estabilização de um modelo estatal de assistência jurídica por meio de advogados dativos em detrimento da Defensoria Pública. Nesse sentido decisão tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: Art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de “defensoria pública dativa”. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, *caput*, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3892 SC. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, julgado em 14 mar. 2012. Diário de justiça: 25 set. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=100277685&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jan.

O § 1º, do art. 186, CPC, promove uma releitura constitucional a partir da CRFB/88. Isso porque o art. 134 da Constituição, seja na redação original ou já com a alteração promovida pela EC nº 80/14, prevê que o vulnerável pode contar com a atuação da Defensoria Pública de forma integral e em todos os graus.³⁰⁵ Com efeito, mostra-se incompatível com a diretriz traçada pela Carta a restrição de intimação pessoal do defensor público apenas em “ambas as instâncias”. Assim considerada a redação do dispositivo lança por terra a intimação pessoal do defensor público que atua junto a instâncias extraordinárias, isto é, para além da dupla instância, tida por jurisdição ordinária. A prerrogativa funcional ficou melhor elucidada na redação do referido parágrafo, porquanto retirada a limitação aqui em destaque e, desta feita, em consonância com uma atuação de tal forma adjetivada (integral e em todos os graus).

Representando importante inovação no cenário de tutela processual do vulnerável o art. 186, § 2º, CPC,³⁰⁶ estabelece que o juiz determinará, mediante requerimento do defensor público, que a parte assistida pela Defensoria Pública adote providência ou preste informação que somente por ela pode ser adotada ou prestada.³⁰⁷ Trata-se de valiosa “forma de conduzir à igualdade material, muito para além da simples

2020). E ainda antes dela: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3700-5 RN. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, julgado em 15 out. 2008. Diário de justiça: 06 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579490>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

³⁰⁵ O termo “graus” merece aceção ampla compreendendo a seara judicial e extrajudicial.

³⁰⁶ São inúmeros os exemplos da aplicação deste dispositivo na prática cotidiana, para citar alguns: a indicação pela parte autora vulnerável de outro paradeiro do réu (quando não encontrado no endereço informado pelo assistido e anotado na inicial), a intimação do exequente para dizer se recebeu a verba alimentar diante da alegação do devedor que pagou acompanhada de comprovante de depósito bancário emitido por caixa eletrônico, a intimação da parte assistida pela Defensoria Pública para diligências de cunho instrutório, tais como, informar rol de testemunhas, providenciar planta e memorial descritivo de imóvel em ações de usucapião e que envolvem litígios de vizinhança, diligenciar para obtenção de certidão de óbito de demais sucessores do falecido em pedidos de alvará judicial com fulcro na Lei nº 6.858/80, além de intimação para providenciar laudo médico atualizado em demandas que envolvem internação compulsória para fins de tratamento de dependência química, informar se o fornecimento de medicamento pelo Estado tem observado a periodicidade imposta em decisão judicial ou se a prótese fornecida por seguradora de saúde tem atendido a contento as necessidades do dia a dia e a finalidade que lhe é própria.

³⁰⁷ “Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

[...]

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada”.

igualdade formal”.³⁰⁸ A norma se justifica diante da, muitas vezes, inadequação da estrutura material da Defensoria Pública no que tange a organização sistêmica de dados pessoais dos assistidos diante do número de atendimentos realizados,³⁰⁹ insuficiência de pessoal para o devido armazenamento dessas informações, a dificuldade de contato com o assistido que não possui linha telefônica sempre ativa ou, se possui, reside em local desprovido de sinal para ligação telefônica ou contato via internet, além daqueles que residem em locais que não contam com serviço regular de entrega de correspondência. São fatores que dificultam ou até mesmo impossibilitam o contato com o assistido pela Defensoria Pública no curso do processo.³¹⁰

A questão da intimação pessoal da parte assistida pela Defensoria Pública para os fins do art. 186, § 2º, CPC, não passou despercebida do VIII FPPC. Naquela oportunidade, ficou consignado no Enunciado 626 que o requerimento de intimação pessoal da parte formulado pela Defensoria Pública, ou por advogado que oficia em escritório de prática jurídica de faculdade de Direito, constitui justa causa para suspensão da contagem de prazo para a prática de ato processual.³¹¹ A mesma intimação pessoal é repetida em outros dispositivos do código, *ex vi*, arts. 455, § 4º, IV, 513, § 2º, II e art. 876, § 1º, II.³¹²

³⁰⁸ ROCHA, *Breves notas sobre a defensoria pública e o novo CPC*, 2018, p. 299.

³⁰⁹ A título de ilustração é digno de nota os 649.556 atendimentos prestados pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo no ano de 2019, conforme divulgado em canal oficial de mídia da instituição, que contou no mesmo período com, aproximadamente, 130 Defensores Públicos lotados em órgãos de execução.

³¹⁰ “Ademais, a experiência prática tem demonstrado a imensa dificuldade de a Defensoria Pública manter contato com seus assistidos, por diversas razões, a começar pela estrutura ainda insipiente da Instituição, nomeadamente nas comarcas do interior do Brasil”. (ROCHA, *Breves notas sobre a defensoria pública e o novo CPC*, 2018, p. 299).

³¹¹ Enunciado 626: “(arts. 186, §§ 2º e 3º, e 223, §§ 1º e 2º) O requerimento previsto no § 2º do art. 186, formulado pela Defensoria Pública ou pelas entidades mencionadas no § 3º do art. 186, constitui justa causa para os fins do § 2º do art. 223, quanto ao prazo em curso”. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

³¹² “Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

[...]

§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:

[...]

IV - a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

[...]

Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

[...]

O art. 187, CPC, por fim, assegura que o membro da Defensoria Pública no exercício de suas funções não responderá civilmente de maneira direta e por culpa *stricto sensu*. Tal como disciplinado para o Ministério Público (art. 181, CPC) e para a Advocacia Pública (art. 184, CPC), assegurar que o defensor público só tem responsabilidade civil perante a própria Defensoria Pública, assinalado pelo vocábulo regressivamente, e em caso de prática fraudulenta ou com consciência e vontade de causar dano a outrem, isto é, dolo,³¹³ representa importante garantia para uma atuação corajosa que muitas vezes se volta contra interesses políticos dominantes, o que é característica da atuação marcadamente contramajoritária. A responsabilização civil regressiva do membro depende do crivo institucional o que, aliado à ausência de responsabilidade por culpa *stricto sensu*, forma combinação que livra o defensor público de represálias externas por sua conduta combativa na defesa das pretensões de seus assistidos.³¹⁴

Aliando as técnicas de serviço (atividade) e custeio prescreve o art. 91, CPC,³¹⁵ que a Defensoria Pública quando atua em nome próprio na qualidade de substituta

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:

[...]

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;

[...]

Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

[...]

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;”.

³¹³ “Consiste o dolo em artifícios ou manobras de uma pessoa visando a induzir outra em erro a fim de tirar proveito para si ou para terceiro. É prática desonesta de que se vale maliciosamente alguém pretendendo a realização de um ato negocial vantajoso”. (NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 479).

³¹⁴ “A opção pelo modelo de assistência jurídica baseado em um corpo de profissionais integrantes do serviço público (*salaried staff model*), remunerados pelo tesouro público e com atribuições exclusivas para a tutela de necessitados, exige uma engenharia institucional apta a permitir que a atividade seja desempenhada de modo eficiente”. (ESTEVES; SILVA, *A inamovibilidade dos membros da defensoria pública e o interesse público institucional*, 2017, p. 17).

³¹⁵ “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§ 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§ 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público”.

processual, por exemplo, na tutela coletiva com fulcro na Lei nº 7.347/85,³¹⁶ deve observar um regime diferenciado de pagamento. Prevê o *caput* que a instituição, nos mesmos moldes da Fazenda Pública e do Ministério Público, estará dispensada do adiantamento de custas para a prática de atos processuais que requerer, o que é regra no sistema segundo o art. 82, *caput*, CPC. O § 1º do dispositivo em comento ressalva a sistemática de custeio dos atos processuais conferida à Defensoria Pública. Assinala que se o ato processual a ser praticado for realização de perícia essa poderá ser efetuada por organismo público ou, caso exista previsão orçamentária para tanto, deverá ser obedecida a regra geral de adiantamento das despesas para o ato.³¹⁷

Uma última palavra sobre a técnica de assistência jurídica estatal gratuita tratada no CPC, a cargo da Defensoria Pública, fica com Jorge Bheron Rocha:

³¹⁶ Digna de nota é a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no âmbito da ADI ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. A referida associação deduziu pretensão de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei nº 11.448/07. A alteração legislativa conferiu legitimidade a Defensoria Pública, via ACP, para agir na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Vale conferir: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3943 DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, julgado em 18 fev. 2010. Diário de justiça: 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307366526&ext=.pdf>>. Acesso em 30 jan. 2020).

³¹⁷ Tendo em vista a autonomia administrativa e financeira assegurada às Defensorias Públicas, bem como a iniciativa de sua proposta orçamentária, nos termos do art. 134, CRFB/88, parece correto afirmar que deveria constar do orçamento institucional rubrica própria para fazer frente a essas despesas. Todavia, diante da ainda atual escassez de recursos financeiros, em geral, dedicados às Defensorias, a prática tem demonstrado que os juízos imputam o pagamento nesses casos ao Poder Executivo. Caso contrário, restaria esvaziada a norma por questões financeiras, o que não se coaduna com a diretriz de tutela do vulnerável e acesso universal à justiça. A título de exemplo vale registrar que à Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo foi destinado no exercício 2019 pela Lei nº 10.978/2019 (LOA 2019) quantia equivalente a 0,40% da Receita Corrente Líquida do Estado. No exercício financeiro de 2020 o orçamento da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo será equivalente a 0,39% da RCL (Lei nº 11.096/2020 – LOA 2020). Montantes muito aquém do que é destinado a outras instituições que gozam de autonomia orçamentária.

Assim como outras legislações que disciplinam a atuação da Defensoria Pública, o Novo Código de Processo Civil permite-lhe tomar o assento que lhe é reservado, de forma a reafirmar o caráter de instituição essencial e permanente, que, ao lado do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública e Privada, completa o Sistema de Justiça e assegura a consecução do Estado Democrático de Direito, do Regime Republicano e a busca da concretização dos fundamentos da cidadania e da dignidade humana.³¹⁸

Ademais, um relevante serviço de assistência jurídica gratuita, que alia teoria e prática, contribuindo, sobremaneira, para o incremento da formação técnica e humanística dos discentes do curso de Direito, conta com previsão no art. 186, § 3º, CPC. Trata-se da assistência prestada por meio dos núcleos de prática jurídica das faculdades que, tal como a Defensoria Pública, gozam de prazo em dobro para manifestações processuais, mas não da prerrogativa de intimação com remessa dos autos. O prazo em dobro também pode ser conferido a outras entidades que, via convênio celebrado com a Defensoria Pública, prestem assistência jurídica gratuita.³¹⁹

Avançando para os procedimentos especiais,³²⁰ mas ainda tendo em vista a atuação da Defensoria Pública, o atual código, quando comparado ao seu antecessor, reafirma a mudança de paradigma na sistemática de tutela do vulnerável. Atualmente um novo cenário se apresenta. Novas variáveis sobre essa atuação são apresentadas por alguns dispositivos do código. Esse será o objeto sob os olhos, doravante. Não sem antes registrar a advertência de que por razões essencialmente institucionais Defensoria Pública e técnicas de tutela do vulnerável estão indelevelmente imbricadas.

³¹⁸ ROCHA, *Breves notas sobre a defensoria pública e o novo CPC*, 2018, p. 300.

³¹⁹ “Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

[...]

§ 3º O disposto no *caput* aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública”.

³²⁰ “Há, enfim, nos procedimentos especiais, maior preocupação com a necessidade de tutela adequada dos direitos, especialmente para casos em que a sua especial configuração tornaria inviável a proteção pela vala comum do procedimento ordinário”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23).

Passa-se, em primeiro lugar, ao disposto nos arts. 554, § 1º³²¹ e 565, § 2º,³²² situados em capítulo dedicado às ações possessórias.

Trata-se de técnica sem precedentes no ordenamento processual pátrio e que merece, diante do corte metodológico proposto nesta pesquisa, ser objeto de atenção. A construção da norma jurídica a partir dos dispositivos citados pressupõe a fixação de premissas conceituais que se mostram absolutamente fundamentais à sua compreensão. É preciso dimensionar, primeiramente, qual o cenário fático antevisto pelo legislador para justificar a novel disposição. Pontuar os escopos da norma, a legitimidade e os meandros da atuação da Defensoria Pública, por assim dizer, qual o *status* da instituição na relação processual e a finalidade de sua intervenção além, é claro, das faculdades processuais exercitáveis pela Defensoria Pública. Não se tem a pretensão de esgotar o tema, inclusive por fugir da proposta desse manuscrito. O que se objetiva é trazer a lume os principais pontos da técnica dedicada, exclusivamente, a tutela do vulnerável.

Os dispositivos versam acerca do chamado litígio possessório coletivo, isto é, quando é imputada a um grupo de pessoas – “grande número” nos termos do art. 554, § 1º, CPC – uma indevida ocupação de imóvel. O dispositivo revela com clareza que foi inspirado na conjuntura fática identificada no tecido social brasileiro dos últimos tempos.³²³ Emerge da ocupação de imóveis por movimentos sociais, mais ou menos organizados, que além do aspecto social inerente, estão abalizados

³²¹ “Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública”.

³²² “Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

[...]

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça”.

³²³ A doutrina ressalta este ponto: “Tem sido comum o emprego de invasão de terras por grupos sociais organizados, como forma de protesto e de reivindicação de direitos. Ciente dessa situação e das peculiaridades dessa atuação, e percebendo os diversos ingredientes e as várias repercussões sociais dessa prática, o legislador do atual Código de Processo Civil elaborou um procedimento diferenciado para lidar com esses litígios”. (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, *Curso de processo civil*, v. 1, 2017, p. 129).

por relevantes questões político-jurídicas de interesse geral, pois situadas na raiz do modelo societário capitalista, isto é, a faceta patrimonial da (con)vivência.

A norma extraída do art. 554, § 1º, CPC, é jurídica, não há dúvida.³²⁴ Todavia, não se deve negar que remete a forte apelo social, porquanto, versa sobre direito à moradia ou ao trabalho, com intrínseca ligação ao que se concebe acerca do caro princípio da função social da propriedade.³²⁵ A investigação da técnica em comento deve passar por esse filtro para atender a esperada simbiose de direito material e processual ou, noutros termos, da relação circular entre os planos.³²⁶

O escopo jurídico da norma em destaque no que se refere a atuação da Defensoria Pública, senão outro, está situado na defesa desse grupo de pessoas cuja vulnerabilidade processual tem assento na hipossuficiência econômica. Com efeito, a atuação institucional está pautada na tutela do direito à moradia ou do direito ao trabalho desse grupo, a depender das características do imóvel ocupado, sem se descurar, nessa via, da necessária funcionalização do patrimônio.³²⁷

Também merece ser objeto de consideração o *status* da Defensoria Pública na relação. Para que se possa delinear o posicionamento processual da instituição

³²⁴ “Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50).

³²⁵ “Continua, pois, a ser um conceito indeterminado, mas como contraste da propriedade privada contemporânea dos bens de produção. (RA) O art. 186 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu requisitos, segundo critérios e graus de exigência que foram previstos em lei ordinária, para que a propriedade rural cumpra sua função social: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (RA)”. (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 125). Notas do atualizador.

³²⁶ A respeito conferir: ZANETI JÚNIOR, *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*, 2010 e DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45.

³²⁷ “É mister registrar, finalmente, a premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à promoção da dignidade do homem. Assim, urge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1, p. 424).

defensorial³²⁸ é preciso pontuar, sucintamente, as possíveis atuações da Defensoria Pública.

O art. 134, CRFB/88, estabelece que a atuação da Defensoria Pública se dá na defesa dos necessitados, individual ou coletivamente.

A atuação individual, que ocupa a maior parcela do trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública, consiste na prestação dos serviços de consultoria jurídica e tratamento de conflitos na esfera judicial ou extrajudicial.³²⁹ A atuação judicial (processual) que aqui se prende atenção constitui no exercício da capacidade postulatória no foro, coadjuvando a parte processual vulnerável em fazer prevalecer a sua pretensão em juízo.³³⁰

A tutela coletiva do vulnerável, que também já foi objeto de menção nesta oportunidade, é exercida pela Defensoria Pública em hipótese de legitimação

³²⁸ Defensorar é neologismo cunhado por Rogério Devisate (DEVISATE, Rogério R. *Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública*. In: SOARES, Fábio Costa. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 389-400), com emprego de recurso de analogia à atuação ministerial do Ministério Público e se refere à atuação da Defensoria Pública. O termo já aparece em diversas obras na academia e conta com referência no âmbito da jurisprudência do e. STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. AgInt no REsp 1729246 AM. Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 04 set. 2018. Diário de justiça: 20 nov. 2018).

³²⁹ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;”.

³³⁰ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

[...]

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

[...]

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

[...]

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;”.

extraordinária ou, especificamente, na qualidade de substituta processual, porquanto tutela em nome próprio interesse alheio.³³¹

Na legislação infraconstitucional a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva conta como principais previsões legais o disposto no art. 4º, VII, VIII, X e XI da Lei Complementar nº 80/94 e art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Também exerce a Defensoria Pública, como já dito, o múnus de curadoria especial, nos termos do art. 4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/94 e art. 72, parágrafo único, CPC. E, por fim, a Defensoria Pública pode atuar na relação processual em nome próprio e na defesa de interesses institucionais, hipótese em que a instituição é parte no processo e parte na demanda.³³²

Até o advento do CPC atual essas eram as posições já pacificadas como passíveis de ocupação pela Defensoria Pública.

Não é arriscado afirmar que o art. 554, § 1º, CPC, introduz no ordenamento jurídico uma técnica de tutela do vulnerável até então desconhecida do processo civil pátrio. A atuação da Defensoria Pública na hipótese não se enquadra em qualquer das versões anteriormente conhecidas.

Não está a Defensoria Pública no patrocínio de pretensão individual prestando capacidade postulatória a parte vulnerável que a provoca. O próprio dispositivo, além de estabelecer que a intimação é dirigida a própria instituição, e não a possível

³³¹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam que a legitimação extraordinária se dá nas hipóteses em que alguém está em juízo em nome próprio defendendo os interesses de outrem devidamente identificado, como é o caso da tutela de direitos individuais homogêneos. Por outro lado, em se tratando de defesa de direitos difusos ou coletivos, o fenômeno é de substituição processual, espécie de legitimação extraordinária. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 128). Em sentido contrário, tratando como sinônimos legitimação extraordinária e substituição processual Daniel Amorim: “As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2018. p. 136).

³³² Enquanto parte no processo se refere a condição de autor e réu (sujeitos parciais da relação processual), parte na demanda remete à titularidade do direito material disputado em juízo, conforme lições de Chiovenda e Liebman anotadas por Daniel Amorim Assumpção Neves. (NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 137).

parte representada, não condiciona o ingresso institucional ao fato de não constituição de advogado por qualquer dos réus.³³³

Ademais, não é o caso de exercício de curadoria especial. O dispositivo legal prevê a citação pessoal dos réus que forem encontrados no local e, quanto aos citados por edital, não menciona a necessária ocorrência de revelia para dar ensejo a atuação do curador. Além, é claro, da impossibilidade de se aferir a hipossuficiência do revel citado por edital, haja vista a ausência de contato e desconhecimento de sua situação financeira. Lembrando que o dispositivo em comento prescreve que a atuação da Defensoria Pública se dará se constatada a presença de réu hipossuficiente.³³⁴

No que tange a legitimação extraordinária, que cuida da defesa em nome próprio de interesses alheios, portanto a Defensoria Pública gozaria do *status* de parte processual, “seria necessário que o dispositivo previsse a *citação*, e não a *intimação*”.³³⁵ E, também como dito, o réu hipossuficiente pode estar em juízo, ser parte processual, contando com a capacidade postulatória de advogado. Então seria a Defensoria Pública litisconsorte necessária por expressa previsão legal?³³⁶ A resposta também nos parece ser negativa, porquanto, repisa-se, o ato é de intimação e não citação.

³³³ Em sentido contrário Daniel Amorim Assumpção Neves que ao comentar o enunciado legal, em breve passagem, assinala: “Enquanto o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública defenderá o interesse dos hipossuficientes econômicos que não constituam advogado para sua defesa”. (NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 922).

³³⁴ Há quem defenda que a restrição de atuação da Defensoria Pública aos casos de existência de réu hipossuficiente econômico afronta a decisão tomada pelo STF na ADI 3943 (já mencionada neste trabalho) e pelo STJ no EREsp nº 1.192.577, bem como ao disposto no art. 134, CRFB/88. Esforçamos na tese de que deveria o dispositivo legal prever a atuação institucional em qualquer caso de vulnerabilidade processual. A respeito conferir: CASAS MAIA, Maurílio. A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção repercussões do novo CPC*. Doutrina selecionada. v. 1, parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.271.

³³⁵ PIMENTEL, Renan Augusto da Gama. *A atuação da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias – uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, §1º, do Novo Código de Processo Civil*. In: CASAS MAIA, Maurílio (Org.). *Defensoria pública, democracia e processo*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 187.

³³⁶ Posição defendida por Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves. (SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo código de processo civil. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Coleção repercussões do Novo CPC*. v. 5: Defensoria Pública. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 334-335).

Conforme já alertado, é hipótese de atuação que não pode ser emoldurada em qualquer das proposições até então conhecidas. Lado outro, não se pode supor que a intervenção defensorial seja inócua e que nada contribuiria para o aperfeiçoamento dos contornos da lide. A atuação em lides possessórias multitudinárias envolvendo interesses de hipossuficiente é porta aberta para que a Defensoria Pública persiga com energia potencializada a sua missão constitucional, tendo em vista o número de envolvidos e as questões jurídicas, políticas e sociais, que envolvem a causa. Trata-se, por conseguinte, de um agir em nome próprio na defesa da missão que lhe foi confiada, qual seja, garantidora de cidadania e dignidade para os vulneráveis (art. 134, CRFB/88).

Nessa esteira, acredita-se que a Defensoria Pública é chamada para contribuir com o contraditório, elevando o debate com argumentos favoráveis à posição dos réus hipossuficientes.³³⁷ Com efeito, amplificando a defesa com o aumento do poderio de *informação* no processo, *reação* aos ataques do autor e *influência* na decisão do juízo. É sobre esse tríplice aspecto que se constrói a noção substancial de contraditório.³³⁸ De tal sorte, “a conclusão óbvia a que chegamos saindo desse

³³⁷ PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. Em que pese a inaplicabilidade do dispositivo ao feito, trazemos à reflexão importante questão envolvendo a normativa prevista no artigo 554, § 1º, CPC/2015, em que se exige a atuação da Defensoria Pública em casos como o presente: "§ 1º: No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública". Conclusão inafastável é que esse dispositivo busca concretizar a dignidade da pessoa humana, democratizando o processo, ao permitir a intervenção defensorial. O artigo almeja garantir e efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa de forma efetiva.

4. Importante destacar que a possibilidade de defesa dos vulneráveis, utilizando-se de meios judiciais e extrajudiciais, está prevista no art. 4º, XI, da LC 80/1994: "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado".

[...]

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. AgInt no REsp 1729246 AM. Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 04 set. 2018. Diário de justiça: 20 nov. 2018. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1729246&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A COR>. Acesso em: 06 fev. 2020.

³³⁸ DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, 2017, p.

ponto de partida é: a Defensoria Pública deverá possuir *todas as faculdades processuais decorrentes dos princípios do contraditório e da ampla defesa*.³³⁹

Valendo-se de *expertise* condizente com a qualidade de litigante habitual³⁴⁰ poderá a Defensoria Pública, a título exemplificativo:

Analisar a regularidade processual, tal como a validade da citação, verificar questões envolvendo a delimitação da área, bem como se há adequação da via eleita e eventuais requisitos para o deferimento de liminar. No que tange ao mérito, pode-se analisar a viabilidade de se propor exceção de usucapião e direito de retenção em relação às benfeitorias. Além disso, deve-se averiguar o zoneamento em que estar presente eventual ocupação, a existência de cadastro da área na prefeitura, exercício efetivo da posse, etc. Imprescindível ressaltar que os defensores deverão promover e estimular a necessidade de conciliação no processo em curso, evitando-se a reintegração forçada.³⁴¹

Com atuação na esfera extrajudicial poderá adotar medidas que terão impacto na relação processual. A partir de uma atuação estratégica junto ao Poder Público seria possível tratar do acolhimento das famílias ou deferimento de auxílio-moradia (aluguel social) acompanhado da inscrição em programas sociais de habitação. Noutra giro, providenciar encaminhamentos para rede pública de saúde, para fins de fornecimento de medicamento e demais tratamentos médicos ou odontológicos que se mostrarem necessários, e de educação, quando for o caso de demanda por creches e escolas.³⁴²

Cunhou-se na doutrina a denominação *custos vulnerabilis*³⁴³ para essa hipótese de atuação da Defensoria Pública. A expressão já conta com ressonância na

³³⁹ PIMENTEL, *A atuação da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias: uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º, do Novo Código de Processo Civil*, 2017, p. 189.

³⁴⁰ “As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos”. (CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 25-26).

³⁴¹ GOMES, Marcos Vinícius Manos Lopes. A vocação defensorial do novo código de processo civil: permissão para intervenção defensorial “custos vulnerabilis”. In: CASAS MAIA, Maurílio (Org.). *Defensoria pública, democracia e processo*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 140.

³⁴² GOMES, *A vocação defensorial do novo código de processo civil: permissão para intervenção defensorial “custos vulnerabilis”*, 2017, p. 140.

³⁴³ “Em suma, *custos vulnerabilis* representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa *subjetivamente*

jurisprudência.³⁴⁴ O nome é claramente inspirado no *custos legis* atribuído ao Ministério Público, nada obstante, a aproximação dos nomes não reflete na aproximação das atividades. Enquanto o Ministério Público, que também é intimado para integrar a relação processual do art. 554, § 1º, CPC, atua em defesa da ordem jurídica objetiva, a Defensoria Pública oficia na tutela dos interesses dos necessitados situados no polo passivo, visto ser o próprio desiderato institucional.³⁴⁵ E por tal razão há quem sustente que a Defensoria Pública se manifesta após as partes, mas antes do *Parquet*.³⁴⁶

vinculada aos interesses dos vulneráveis e *objetivamente* aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político”. (CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, Dez/2017, p. 45).

³⁴⁴ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTEGRATIVO ACOLHIDO EM PARTE.

1. O presente recurso integrativo foi interposto contra acórdão publicado na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*.

3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito.

4. O acórdão embargado não foi contraditório e, com clareza e coerência, concluiu fundamentadamente que i) é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro ou autorização pela ANVISA; e ii) não há como o Poder Judiciário, a pretexto de ver uma possível mora da ANVISA, criar norma sancionadora para a hipótese, onde o legislador não a previu.

5. A contradição que autoriza os aclaratórios é a inerente ao próprio acórdão.

6. O recurso integrativo não se presta à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para admitir a DPU como *custos vulnerabilis*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração. EDcl no REsp nº 1712163 SP. Relator Ministro Moura Ribeiro, 2ª Seção. Brasília, julgado em: 25 set. 2019. Diário de justiça: 27 set. 2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CUSTOS+VULNERABILIS&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 06 fev. 2020.

³⁴⁵ Na lição de Casas Maia: “Enfim, o atuar defensorial do § 1º do artigo 554 do NCPC é atuar coletivo, *em nome próprio* e voltado para o *interesse institucional* da Defensoria Pública: a tutela dos necessitados e suas respectivas necessidades. Trata-se de perspectiva de *terceiro interveniente sui generis*, com base constitucional e lastro no seu interesse institucional – atuando com legitimidade coletiva (ou extraordinária)”. (CASAS MAIA, *A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses* (art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas, 2016, p. 1.270).

³⁴⁶ PIMENTEL, *A atuação da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias: uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º, do Novo Código de Processo Civil*, 2017, p. 192.

Quanto à intimação da Defensoria Pública prevista no § 2º do art. 565, CPC,³⁴⁷ para a audiência de mediação, cumpre dizer que tem por finalidade a representação processual da parte vulnerável que não conta com advogado para defesa de sua pretensão, por ter o profissional deixado de patrocinar os interesses do, a essa altura, ex-cliente. Não se confunde, dessarte, com a atuação da Defensoria Pública prevista no art. 554, § 1º, CPC.³⁴⁸ O que inclusive poderá dar ensejo a atuação de dois membros distintos, caso se verifique a existência de teses conflitantes.

O ordenamento processual inaugurado com o advento do atual Código de Processo Civil expandiu e consolidou o sistema de precedentes vinculantes, aproximando o então tradicional sistema da *civil law*, de tradição romano-germânica, da *common law*, própria dos países de tradição anglo-saxônica.³⁴⁹ A teor dessa afirmação é interessante conferir o rol de decisões a serem obrigatoriamente seguidas pelos juízes e tribunais constante do art. 927, CPC.

O alcance da decisão que se torna precedente e a sua natural inclinação à estabilização³⁵⁰ por força do *stare decisis* exige ainda mais cuidado do julgador ao proferir sua conclusão.³⁵¹ Justamente por conta desse especial caráter foi que o legislador se preocupou em criar mecanismos que permitem um contraditório amplificado, aqui entendido como maior possibilidade de participação, com

³⁴⁷ “Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

[...]

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça”.

³⁴⁸ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Um novo Código de Processo Civil para uma nova Defensoria Pública*. In: *Defensoria Pública*. José Augusto Garcia de Sousa (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 354. Em sentido contrário: CASAS MAIA, *A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses* (art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas, 2016, p. 1.277.

³⁴⁹ Sobre a convivência dos dois sistemas no direito brasileiro ainda em momento anterior ao CPC/15 ver ZANETI JÚNIOR, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014.

³⁵⁰ Enunciado 453, FPPC: “(arts. 926 e 1.022, parágrafo único) A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

³⁵¹ Sobre toda a temática que envolve um sistema de precedentes vinculantes e a mudança paradigmática do CPC com a passagem de jurisprudência persuasiva como fonte secundária do direito para os precedentes normativos formalmente vinculantes como fonte primária conferir: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

representações plurais e, de tal sorte, debates que tendem a ser mais aprofundados, estabelecidos a partir de uma sistemática dialógica mais democrática.³⁵² É o caso da intervenção defensorial em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), a teor do art. 977, III (legitimidade para o pedido de instauração do incidente)³⁵³ e art. 983, *caput*, (possibilidade aberta de participação como órgão interveniente).³⁵⁴

A participação da Defensoria Pública no IRDR encontra fundamento no próprio texto constitucional ao se afirmar, no art. 134, *caput*, que a atuação institucional se dará para promoção de direitos humanos e defesa integral dos necessitados. Na legislação infraconstitucional a intervenção observa, em especial, o disposto no art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94.³⁵⁵

Quanto ao escopo dessa intervenção, assinala Maurílio Casas Maia:

Com efeito, a intervenção defensorial de “custos vulnerabilis” surge em prol do interesse constitucional da carreira e com especial força voltada à formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos, amplificando o contraditório nesse sentido.³⁵⁶

Acredita-se que a participação da Defensoria Pública no IRDR pode contribuir para a maior amplitude dos debates. As informações porventura prestadas, aliadas aos argumentos alinhavados segundo a *expertise* institucional conquistada graças a sua

³⁵² “O legislador considerou o IRDR um procedimento que claramente, até pelo interesse público envolvido, deve ter o debate oxigenado e pluralizado pela maior possibilidade de participação”. (CABRAL, Antônio do Passo, *Comentários ao novo código de processo civil*, 2016, p. 1.460). Enunciado 460, FPPC: “(arts. 927, § 1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*”.

³⁵³ “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

[...]

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

³⁵⁴ “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo”.

³⁵⁵ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de *outros grupos sociais vulneráveis* que mereçam proteção especial do Estado;”. (Destaque acrescido).

³⁵⁶ CASAS MAIA, Maurílio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, Dez/2017, p. 44.

qualidade de litigante organizacional, podem dar ao incidente uma relevante perspectiva político-social emprestando-lhe cores mais cintilantes de democracia.

Outrossim, haja vista o mesmo interesse institucional na formação de precedentes vinculantes, está previsto no § 1º do art. 947, CPC,³⁵⁷ a possibilidade da Defensoria Pública provocar a instauração do incidente de assunção de competência (IAC). Trata-se, tal como a intervenção em IRDR, de técnica destinada à tutela coletiva do vulnerável, diante da grande repercussão social do tema e a potencial fragilização de posições processuais com reflexos no direito material, a partir da prevenção ou composição de divergência interna no tribunal e na formação de precedente obrigatório.³⁵⁸

Com o intuito de promover a uniformidade dos procedimentos de formação de precedente obrigatório, verdadeiro microssistema, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou o Enunciado 201, *verbis*: “Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984”. Dessarte, segundo orientação do fórum, a intervenção defensorial, tal como previsto para o IRDR, não se circunscreve apenas aos incidentes que porventura tiver provocado a instauração. Também pode (dever-poder) atuar como órgão interveniente a teor do art. 983, CPC.

Por fim, também pelas mesmas razões expostas, está fundamentada a atuação da Defensoria Pública nos procedimentos de julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos, a teor do art. 1.038, I, CPC, inclusive como já se pronunciou a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos EDcl no REsp 1712163/SP, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, já referenciado neste trabalho.

3.3 TÉCNICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ESPECIALMENTE CARAS (NÃO ESPECÍFICAS) À TUTELA DO VULNERÁVEL

³⁵⁷ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar”.

³⁵⁸ CABRAL, Antônio do Passo, *Comentários ao novo código de processo civil*, 2016, p. 1.382.

3.3.1 Responsabilização das partes por dano processual

O vulnerável, segunda acepção tomada nessas linhas, encontra valiosa guarida na previsão de “responsabilidade das partes por dano processual”, prevista na Seção II, Capítulo II, Título I, do Livro III, do CPC. Explico.

A sanção conferida ao litigante de má-fé vem ao encontro do que se espera quanto a criar para as partes o ambiente necessário para o exercício pleno de prerrogativas processuais conferidas pelo ordenamento. Lado outro, a permissão para litigar ao arrepio da boa-fé, ou ainda que existente regra proibitiva, mas desprovida de sanção, daria à relação processual contornos arbitrários na relação entre as partes, seja pela maior pujança financeira de uma delas ou manobras espúrias no decorrer do procedimento.

A leitura do art. 80, CPC, revela um rol de condutas que se não afastadas, e a parte a que lhe é imputada a prática rigorosamente apenada, apresentam significativo potencial de colocar a contraparte em difícil situação processual. Talvez, em verdade, submetida a efeitos deletérios de sua pretensão, minando a possibilidade de fazer do processo instrumento de acesso à justiça. É o caso, *verbi gratia*, do sujeito “provocar incidente manifestamente infundado” (inciso VI) ou “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” (inciso VII). Nesses casos haverá uma postergação injustificável do trânsito em julgado e os efeitos do tempo, como podem ser ainda mais perniciosos para o vulnerável - como se verá em trecho mais adiante dedicado a tutelas provisórias – têm potencial de levar à própria ineficiência do processo.

3.3.2 Deveres do juiz na gestão do processo

O art. 139, CPC, situado no capítulo dedicado aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, estabelece condutas que pautam os magistrados na direção dos processos.³⁵⁹ São normas de observância obrigatória, inclusive

³⁵⁹ “Afirma-se que essa direção pode ser formal e material. Por direção formal entende-se a determinação do andamento dos atos processuais, o que tem a ver com o princípio do impulso oficial,

extraídas a partir de disposições redigidas com verbos imperativos, e se revelam ferramentas destinadas à realização dos escopos do processo.

Lembra Cássio Scarpinella Bueno ao comentar o art. 139, CPC, que não há no Estado Democrático Constitucional um poder com finalidade em si mesmo. Exercício de poder, para não configurar violação dos valores democrático-constitucionais, deve ser instrumental, isto é, colocado a serviço da execução de deveres. De tal sorte, o cumprimento dos deveres é o norte a guiar o comportamento dos magistrados, sem qualquer manifestação de vontade pessoal, porquanto, o que pode subsistir nesse plano é apenas uma “vontade funcional”.³⁶⁰

Assegurar o tratamento igualitário das partes está assentado logo no primeiro inciso do artigo em testilha. Consiste em clara repercussão do disposto no art. 7º, CPC, que, por sua vez, na qualidade de norma fundamental de processo, deve guiar a compreensão (significado e limites) dessa tarefa judicial. Lado a lado, também como vetor interpretativo, devem ser colocadas a dignidade da pessoa humana (art. 8º, CPC) e a cidadania, em conformidade com as razões já explanadas neste manuscrito.

Nesse diapasão, a parte final do disposto no art. 7º parece-nos de importância crucial. Ali está plasmado que o juiz deve zelar pelo efetivo contraditório. Norma imperativa, pois prescritiva de conduta a ser, inadvertidamente, observada pelo juiz. A afirmação de que “os homens não são iguais, mas precisam ser tratados igualmente”³⁶¹ não pode ser lida descontextualizada, pois “dizer que o juiz deva assegurar às partes paridade de tratamento não significa dizer que deva o juiz agir passivamente, diante da *desigualdade material* existente entre as partes”.³⁶² Parece fundamental ter em mente, como alhures já sustentado, que o processo como

produção de provas, alcance dos fins social, político e jurídico do processo etc. Direção material, por sua vez, compreende também a ideia de que o juiz não pode ficar alheio à condição concreta das partes, devendo, p. ex., assegurar-lhes paridade de tratamento”. (MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 107).

³⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 191.

³⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. p. 330-331.

³⁶² “Assim, p.ex., em seu art. 6.º, VIII, a Lei 8.078/1990 assegura, ao consumidor, ‘a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova’, desde que presentes certas circunstâncias”. (MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 108).

caminho necessário para tratamento de conflitos que desaguam no aparelho judiciário, deve servir a promoção da dignidade e ao exercício de prerrogativas de cidadania a todos, indistintamente. Reflexão consentânea aos fins democráticos e por isso mais adequada é: “havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade”.³⁶³

Dessarte, para zelar pelo efetivo contraditório,³⁶⁴ isto é, através da paridade no exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º, CPC) garantir que as partes possam reagir aos argumentos da outra, informar e influenciar³⁶⁵ o juiz em potências equivalentes, pressupõe o reconhecimento de suas diferenças enquanto atores processuais. Imprescindível a constante vigilância sobre aspectos de vulnerabilidade processual que podem subtrair do sujeito a sua qualidade de cidadão³⁶⁶ e arranhar sua dignidade. Noutro norte, não se estaria situando o processo no quadrante delineado pelo formalismo-valorativo, frustrando os escopos da atual fase da teoria processual.

Precisamente nesse compasso deve-se admitir que “alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos”,³⁶⁷ merecendo que essas diferenças sejam salvaguardadas pela vigilância atenta do órgão judicial. Mas, uma vez identificada a vulnerabilidade processual qual a

³⁶³ NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 194).

³⁶⁴ Vale conferir uma valiosa afirmação lançada por Didier: “O dever de zelar pelo efetivo contraditório pode servir como fundamento normativo de adequações atípicas do processo feitas pelo juiz”. (DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1, 2017, p. 99).

³⁶⁵ “Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializada este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo”. (CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 197).

³⁶⁶ “Nesse contexto, a concepção do contraditório como direito de influência justifica-se na moldura de democracia participativa e deliberativa. Com efeito, dentre os escopos políticos do processo destaca-se a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Trata-se de peculiar espectro da condição de cidadão, o *status activus processualis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, ou seja, direito de influir na formação de normas jurídicas vinculativas”. (CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 200).

³⁶⁷ NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 194).

conduta que se espera do juiz? O princípio da cooperação (art. 6º, CPC)³⁶⁸ parece lançar luzes sobre o tema, afinal “o processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a ‘coparticipação’ das partes na formação do *decisum* é uma ‘exigência’ decorrente do princípio constitucional do contraditório”.³⁶⁹ Essa cooperação entre os sujeitos processuais, juiz e partes, deve significar “mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa”,³⁷⁰ transformando o processo em uma autêntica “comunidade de trabalho”.³⁷¹

O processo cooperativo consiste em uma nova metódica processual sucedendo os modelos tradicionais, inquisitivo e dispositivo (adversarial). A classificação em um modelo ou noutro é tomada a partir do papel reservado aos sujeitos processuais na relação, em outras palavras, tendo em vista as funções que lhes são reservadas.

No modelo inquisitivo o maior destaque é conferido à figura do juiz, que conduz o processo nos moldes de uma “pesquisa oficial” com atuação ativa e independente do comportamento das partes.³⁷²

Por outro lado, no modelo adversarial, com preponderância para a atuação das partes garantida pelo princípio dispositivo, é preciso compreender que o processo “assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito

³⁶⁸ Não se desconhece posição doutrinária que nega à cooperação *status* de princípio. Lênio Streck e Francisco Motta, contraditando artigo de Daniel Mitidiero, assinalam: “Então, atenção: *princípios jurídicos e respostas corretas* (constitucionalmente-hermeneuticamente adequadas) são faces de uma mesma moeda. Qualquer acepção que relegue aos princípios um caráter aplicativo residual, ou que defira ao julgador zonas de discricionariedade, *estará em rota de colisão com o conceito de princípio aqui referendado*. E é nesses exatos desvios que, cremos, incorrem as teses de Daniel Mitidiero. Pensamos que a sua *cooperação processual*, situada no esquadro mais geral do *formalismo-valorativo*, não inibe a tomada de decisões discricionárias. Não foi concebida para a conformação de respostas corretas”. (STRECK, Lênio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, v. 213, nov. 2012, p. 4-5).

³⁶⁹ CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 201-202.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 71, jul. 1993, p. 3.

³⁷¹ DIDIER JÚNIOR, *Comentário ao novo Código de Processo Civil*, 2016, p. 21. “Vale dizer, como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz. Trata-se de exigência que decorre do direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF)”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2, p. 72).

³⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-226, ago./2011, p. 214.

entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”.³⁷³

Acerca do modelo cooperativo, valendo-se das lições de Álvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero,³⁷⁴ sintetiza Fredie Didier Júnior.³⁷⁵

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. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. (Destques no original).

A resposta mais adequada ao questionamento lançado acima, qual seja, a conduta a ser observada pelo juiz caso identifique vulnerabilidade processual das partes, passa pelos deveres concretizadores da cooperação.³⁷⁶ Nessa quadra, a premissa que se impõe considerar é a de que a cooperação, ao fim e ao cabo, é para o processo.³⁷⁷

Assinala Didier os deveres de *lealdade*, corolário do princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC), de *esclarecimento*, que se revela via de mão dupla, porquanto deve o juiz esclarecer seus pronunciamentos para as partes e também esclarecer-se junto das partes, isto é, extirpar dúvidas sobre alegações e pedidos deduzidos, de

³⁷³ DIDIER JÚNIOR, Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, 2011, p. 214.

³⁷⁴ “Isso significa desde logo encarar o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do processo, *evitar o desperdício* da atividade processual, *preferir decisões de mérito* em detrimento de decisões processuais para o conflito, *apurar a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 80).

³⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, 2011, p. 217-218.

³⁷⁶ A cooperação como princípio a ser observado também na relação entre as partes conferir: DIDIER JÚNIOR, *Comentário ao novo código de processo civil*, 2016. Em sentido contrário, a cooperação como princípio que se aplica apenas na relação autor-juiz e réu-juiz ver: MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015. Todavia, à margem da divergência identificada, será objeto de atenção apenas a relação em que o juiz está posto, uma vez que se está a analisar o disposto no art. 139, CPC, que versa sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz.

³⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147.

consulta (art. 10, CPC) e o dever de *prevenção*, variante do dever de proteção, consistente no dever de apontar deficiências nas postulações das partes para, se for o caso, serem supridas.³⁷⁸ Por sua vez, Hermes Zaneti Júnior chama de dever de *diálogo* aquele plasmado no art. 10, CPC, e o dever de prevenção, rebatizado como dever de *auxílio*, ganha, na lição do processualista radicado em terras capixabas, contornos mais amplos ao admitir, em contrariedade ao expoente da escola baiana de processo, um dever geral de auxílio.³⁷⁹

Zaneti Júnior registra que no cumprimento do dever de esclarecimento deve o juiz determinar o comparecimento das partes para os fins do disposto no art. 139, VIII, CPC, deve intimar as partes para que tomem as providências elencadas no art. 321, CPC,³⁸⁰ e adotar o saneamento compartilhado do feito em audiência caso necessite esclarecer pontos que apresentam complexidade de fato ou de direito, conforme art. 357, § 3º, CPC.³⁸¹

Continua o autor, quanto ao dever de diálogo, que o juiz deve ouvir as partes antes de deferir tutelas provisórias (art. 9º, CPC) e antes de decidir qualquer questão, ainda que possa dela conhecer de ofício (art. 10, CPC), inclusive em se tratando de prescrição ou decadência (art. 487, parágrafo único, CPC); dever de participar da calendarização processual, nos termos prescritos pelo art. 191, CPC; dever de motivação adequada com o enfrentamento de todos os argumentos ventilados pelas partes capazes de infirmar a decisão (art. 489, § 1º, IV, CPC) e debater com as partes acerca da incidência no caso de precedente vinculantes, haja vista previsão do art. 927, § 1º, CPC.³⁸²

Quanto ao dever de prevenção mister que se determine o suprimento dos pressupostos e o saneamento de outros vícios processuais, como disposto nos arts. 4º, 139, IX, 488, 932, parágrafo único, e 1.017, § 3º, CPC, além do que consta do

³⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, *Comentário ao novo código de processo civil*, 2016, p. 20.

³⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, *O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo*, 2018, p. 148.

³⁸⁰ Registra-se o entendimento segundo o qual, precisamente pela aplicação do princípio em voga, é possível construir a partir da previsão legal uma norma geral aplicável a todos os atos postulatórios.

³⁸¹ ZANETI JÚNIOR, *O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo*, 2018, p. 148.

³⁸² ZANETI JÚNIOR, *O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo*, 2018, p. 148.

art. 317, CPC e, especificamente no âmbito dos tribunais, intimar a parte para suprir o preparo recursal, a fim de evitar o não conhecimento do recurso, nos termos do art. 1.007, §§ 2º, 4º e 7º, CPC.³⁸³

Já o disposto nos arts. 319, § 1º, 373, § 1º, 400, parágrafo único e 772, III, todos do CPC, representam expressão do dever de auxílio às partes imposto ao magistrado.³⁸⁴ Não obstante, por potencialmente se apresentar em rota de colisão com o princípio da imparcialidade do juiz este ponto será retomado mais adiante. O que se pretende é a investigação de parâmetros que devem pautar o comportamento do magistrado que, de um lado deve cumprir o dever imposto e, de outro, deve-se preservar imparcial quanto à pretensão das partes.

Com efeito, o princípio da cooperação é insumo para uma releitura do princípio do contraditório à luz do quadrante democrático de processo e condizente com um processo civil do Estado Democrático Constitucional. Nessa vereda, como já assinalado, o contraditório não pode ficar restrito a audiência bilateral das partes, porquanto “tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional”.³⁸⁵

O modelo cooperativo de processo mostra-se, a seu turno, valiosa fonte de inspiração para construção de técnicas voltadas à tutela do vulnerável na relação processual. Só se pode assegurar efetivo contraditório quando se considera a vulnerabilidade processual dos sujeitos da relação a partir de um processo cooperativo e lança-se mão de técnicas úteis para combatê-la. Mister considerar a boa-fé,³⁸⁶ a cooperação e o efetivo contraditório como vetores capazes de assegurar, mais do que o exercício paritário de armas, mas a experimentação da

³⁸³ ZANETI JÚNIOR, *O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo*, 2018, p. 148.

³⁸⁴ ZANETI JÚNIOR, *O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo*, 2018, p. 148-149.

³⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo código de processo civil*. THEODORO NETO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO, Ana Vitoria Mandim (Colab.). 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 73.

³⁸⁶ Para Humberto Theodoro Júnior a cooperação “é, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo”. (THEODORO JÚNIOR, *Novo código de processo civil*, 2016, p. 73).

dignidade da pessoa humana e as prerrogativas de cidadania na relação processual. Esse sim caminho seguro para a construção (conjunta) de decisão de mérito justa e efetiva.³⁸⁷

Mais adiante o tema será retomado sob outra ótica. A investigação se dará com a preocupação do juiz não encontrar, imediatamente à sua disposição, técnicas processuais capazes de dar respostas eficazes ao problema da vulnerabilidade da parte.

Continuando a análise do art. 139, CPC, propõe-se a leitura conjunta do inciso II com a parte final do inciso III. Para tanto, basta afirmar que indeferir postulações meramente protelatórias (III) contribui, sobremaneira, para a duração razoável do processo (II), também tarefa judicial. O dispositivo codificado é corolário do disposto no art. 5º, LXXVIII, CRFB/88.

Tarefa das mais árduas é dar ao princípio em voga, duração razoável do processo, contornos objetivos para que o juiz possa desfrutar de elementos seguros para a observância deste mandamento. Anota Cabral que os arts. 218, §1º e 139, VI, ambos do CPC, são os mais importantes balizamentos.³⁸⁸ Passo seguinte, tendo em conta as disposições dos arts. 226 e 227, assinala impressão nos seguintes termos: “Todavia, em nossa leitura, estas disposições sinalizam que, após transcorrido o dobro do prazo fixado na lei, haverá mora da autoridade judiciária apta a viabilizar os mecanismos de atuação do princípio da duração razoável do processo”.³⁸⁹

Enveredando pelo tema cumpre rememorar o que foi dito no relatório do Projeto Florença acerca dos efeitos da duração do processo para o vulnerável. Ali está

³⁸⁷ No ponto é preciso ressaltar que não se trata das partes se apropriarem do ato decisório ou dividilo com o juiz. As partes não apõem sua assinatura na decisão. É ato de autoridade e manifestação de poder (enquanto serviço, sempre). A respeito vale transcrição das palavras de Fredie Didier Júnior em tom de advertência: “No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação de poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado”. (DIDIER JÚNIOR, *Comentário ao novo código de processo civil*, 2016, p. 19).

³⁸⁸ CABRAL, *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil*, 2016, p. 98.

³⁸⁹ CABRAL, *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil*, 2016, p. 96.

consignado que o tempo “pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que se teriam direito”.³⁹⁰

A duração do processo assume um significado ainda mais relevante para aqueles dotados de menos recursos financeiros. Sem muito esforço, veja-se o efeito da demora da execução de prestação alimentar equivalente à metade do salário mínimo, proposta em face do pai, para o custeio das despesas de 2 (dois) filhos menores em que a genitora-guardiã recebe por mês o equivalente a 1 (um) salário mínimo. Agora, vale imaginar o efeito do mesmo tempo em um lar, gerido pela genitora-guardiã, cuja renda é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais. Lá se sentirá escassez do mínimo para sobrevivência, aqui certamente não. Revela-se imperioso, ademais, com fundamento nos arts. 6º, 8º, 12, § 2º, IX e 139, II, CPC, conferir especial velocidade à tramitação dessas causas.

É nessa esteira que se chega à conclusão, sob a ótica cronológica, que, dentre outros fatores, um processo será tanto eficiente quanto nele se imprimir impulso atento à realidade socioeconômica das partes em conflito, identificada na vulnerabilidade processual. Não basta, por conseguinte, o risco da perda de energia processual pela demora (tutela de urgência) ou o elevado grau de plausibilidade da pretensão deduzida (tutela de evidência). É necessário ir além, pois a vulnerabilidade processual pode consistir, notadamente, na falta de elementos hábeis, *prima facie*, à utilização da técnica prescrita à primeira vista. O quadrante democrático de processo reclama do organismo judicial sensibilidade aguçada na condução do procedimento. Não se pode desviar a atenção do fim social perseguido pela aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º, CPC).³⁹¹

³⁹⁰ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 20.

³⁹¹ “A propósito do ideário do processo justo, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar um ‘modelo social de processo’, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, como é inegável, não podem merecer guarida as espertezas do litigante no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa traçada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado ‘para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos’, de maneira que só ganhe a causa a ‘parte que tiver a verdade do seu lado’, esta e não a outra é a ‘parte que tem razão’ e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial – como adverte o processualista português Miguel Teixeira de Souza”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Visão*

A toda evidência também se mostra imbricado na duração razoável do processo o disposto no art. 139, V, CPC. O dever atribuído ao juízo de, a qualquer tempo, promover a solução da causa pela via da autocomposição é técnica que pode se revelar especialmente cara à tutela do sujeito fragilizado na relação. Isso porque, como dito, o tempo é elemento que atinge com mais rigor o vulnerável processual. Abreviar o tempo de solução do processo aliado ao tratamento adequado do conflito é medida salutar que vem satisfazer o vulnerável que, via de regra, litiga por direitos básicos como saúde, educação, moradia ou questões patrimoniais ligadas à própria subsistência. Ademais, há sempre o risco do processo mal conduzido se converter em meio oficial de aniquilamento, e não de promoção, de sua pretensão.

O dispositivo em comento vem prestigiar o autorregramento da vontade que ocupa, enquanto norma fundamental, as previsões do art. 3º, §§ 2º e 3º, CPC, dedicando-se atenção à solução consensual dos conflitos. Há no referido § 2º disposição de cunho político-social. O Estado, nas causas que comportam a autocomposição, deve funcionar como um indutor da resolução do litígio por esta via. Fatores econômicos (menor custo) e sociais (contenção da litigiosidade) justificam essa opção.

No assunto tutela do vulnerável, ganha relevo a previsão de fomento da prática de solução consensual dos conflitos pela Defensoria Pública.

A instituição destinada a universalizar o acesso à justiça por dedicação à causa dos vulneráveis (arts. 5º, LXXIV, e 134, CRFB/88) ocupa protagonismo nessa política estatal.³⁹² Não por acaso é diretriz de atuação dos Defensores Públicos, conforme

principiológica e sistemática do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 285/2018, nov. 2018, p. 67-68).

³⁹² “A atuação da Defensoria Pública tem a possibilidade de romper com uma situação caracterizada por desigualdades cumulativas. Tal traço, é definidor da realidade brasileira, retrata uma situação na qual a precariedade de renda implica precariedade em educação, precariedade da saúde, precariedade em habitação, déficit em qualidade de vida. Isto é, desigualdades que se agregam constituindo uma situação de exclusão. Nessa situação, sobra pouco espaço – se algum – para a vivência de direitos”. (SADEK, Maria Tereza Aina. *Defensoria Pública: a conquista da cidadania*. In: *Temas Aprofundados*. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1, p. 26).

previsto desde 1994 na Lei Complementar nº 80,³⁹³ ganhando relevo de prioridade em 2009 por força das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 132.³⁹⁴

Nessa vereda, sessões de solução extrajudicial dos litígios promovidas pela Defensoria Pública são mecanismos caros à tutela do vulnerável, uma vez que o tempo urge nas “pequenas” causas. Por oportuno, o investimento destinado ao aprimoramento dos profissionais nas técnicas de composição das partes em conflito deve ser constante. Absolutamente relevante que as sessões ganhem caráter de multidisciplinariedade, com a participação de Assistentes Sociais e Psicólogos, acreditando-se que com a colaboração de profissionais dessas áreas o sucesso na aplicação da técnica seria ainda maior, pois fundado na compreensão multidimensional do conflito.

Merece destaque, por oportuno, a previsão que confere aos documentos de transação referendados pela Defensoria Pública o *status* de título executivo extrajudicial (art. 784, IV, CPC). A norma guarda íntima conexão com o papel de destaque dado à Defensoria Pública no tratamento adequado dos conflitos que envolvem o vulnerável, notadamente na seara extrajudicial, com reflexo direto no que se pode chamar de desjudicialização de demandas. É rotina do Defensor Público a conciliação das partes em conflito com redução a termo das cláusulas acordadas. Sem o caráter normativo atribuído ao documento elaborado a diretriz lançada em caráter fundamental e reforçada em técnica afeita ao procedimento se tornaria “letra morta”.

Uma última palavra sobre o tema. Voltando para seara judicial é preciso pontuar que chega as raias da perversidade colocar à mesa de negociação a demora processual demasiada como variável a ser levada em conta para aceitação de uma proposta dirigida ao vulnerável. Argumento, aliás, que nada tem de incomum em momentos da audiência em que se busca a solução pela via negociada. As tratativas nesses

³⁹³ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
I – promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses”.

³⁹⁴ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

II - promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;”.

termos flertam com a violação da boa-fé e, de tal sorte, reclamam firme intervenção judicial para que não sejam levadas a efeito.

O art. 139, VI, e parágrafo único, CPC, é mais um dos reflexos do princípio da cooperação no procedimento e, umbilicalmente conectado, com os escopos social e político do processo, permitindo “caso a caso, trato mais adequado ao conflito”³⁹⁵ com atenção às especificidades da causa. É nesse ponto que pode o dever imputado ao juiz servir de técnica valiosa para a tutela do vulnerável.³⁹⁶

A abordagem daquilo que está disposto no texto legal merece uma secção, posto que sob a epígrafe doutrinária de *flexibilização procedimental* versa o texto em comento sobre a alteração de prazos e a ordem de produção de provas.

Acerca do primeiro aspecto prescreve o texto do código que o juiz tem o dever dilatar prazos processuais com uma pretensão meio, qual seja, adequação às necessidades do conflito, e um objetivo final de “conferir maior efetividade à tutela do direito”. Nada obstante, a possibilidade de dilação do prazo encontra limite na preclusão temporal, conforme preconizado no parágrafo único do art. 139 e ratificado pelo FPPC.³⁹⁷

Outra questão é saber se “poderá o juiz aumentar os prazos processuais considerados peremptórios quando entender que eles são insuficientes, mesmo que não configure a hipótese prevista no art. 222, *caput*, do Novo CPC?”.³⁹⁸ Cássio Scarpinella Bueno registra, de pronto, que o dispositivo em tela excepciona a regra do art. 218, *caput*, CPC, e deve ser invocado tanto em se tratando de prazos peremptórios quanto dilatórios, sendo vedado, lado outro, alterar o *termo a quo* da fluência de qualquer deles.³⁹⁹

³⁹⁵ BUENO, *Manual de direito processual civil*, 2017, p. 192.

³⁹⁶ “A dilação dos prazos processuais é uma das principais técnicas para reequilibrar o contraditório”. (DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 2017, p. 98).

³⁹⁷ Enunciado 129 FPPC: (art. 139, VI, e parágrafo único) A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada.

³⁹⁸ NEVES, *Manual de direito processual civil*, 2018, p. 112.

³⁹⁹ BUENO, *Manual de direito processual civil*, 2017, p. 193.

Absolutamente cabível a dilação de prazos para adoção de diligências pelo vulnerável. Ora estar-se-á diante de limitações financeiras a justificar uma nova data limite para a juntada de documentos como escrituras públicas, certidões, laudos, prescrições de profissionais do serviço público de saúde, plantas imobiliárias acompanhadas de memorial descritivo, dentre outros, ora o que pode justificar é a dificuldade em localizar testemunhas ou eventuais litisconsortes necessários, por residirem em local de difícil acesso ou não se saber, de imediato, o paradeiro. Anota Didier exemplo de dilação de prazo peremptório. Postergação do prazo para contestar caso o autor apresente inicial acompanhada de dez mil documentos que merecem atenção do réu.⁴⁰⁰

O outro ponto a ser tratado do disposto no art. 139, VI, CPC, diz respeito ao dever do juiz de determinar mudança na ordem de produção da prova à vista dos fins anunciados na norma. Técnica que vem a calhar na defesa do vulnerável.

Nada obstante, a liberdade conferida pela norma e o anseio de tutela do vulnerável pela oferta de um procedimento adequado às suas necessidades, não podem sobrepujar princípios outros como a vedação de tomada de decisões surpresas (arts. 9º e 10, CPC) e a própria cooperação com as partes imputada ao juiz (art. 6º, CPC). Ademais, outro filtro que se impõe é a vedação de prejuízo à contraparte na relação. Certo é que não se combate vulnerabilidade processual transferindo-a de uma das partes à outra. Noutros termos: inversão da ordem de produção de provas não pode se converter em fragilização da contraparte não vulnerável, isto é, a inversão dos polos em que está situada a vulnerabilidade em nada atende o módulo processual promotor de adequado acesso à justiça.

Assim, por exemplo, deve o juiz admitir o ingresso de ação com pedido de fornecimento de fármaco em face de ente estatal, sem pleito de tutela provisória de urgência, ainda que a peça inicial esteja instruída com laudo e prescrição considerados não atuais. Para tanto, deve o autor pedir a oportunidade de apresentação posterior, fundamentando o pedido na dificuldade em se conseguir consulta com médico da especialidade necessária junto ao Sistema Único de Saúde.

⁴⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 2017, p. 99.

A exigência constante dos arts. 320 e 434, CPC, devem ser superadas, pois não é o caso previsto no art. 435, do mesmo código. No mesmo sentido, também é o caso de se admitir ação de extinção de condomínio instituído por sucessão hereditária, enquanto o autor providencia o registro de formal de partilha expedido pelo juízo do inventário. Outrossim, o mesmo se aplica as ações de usucapião, valendo-se da descrição do imóvel anotada na inicial, enquanto não juntado documento que o individualize.

Quanto à produção de prova oral, deve o juiz, observando os limites acima enunciados, proceder à oitiva de testemunha arrolada pelo autor mesmo depois de encerrados os depoimentos das testemunhas indicadas pelo réu. Pode se ter em mente a realização de diligências frustradas de localização da referida testemunha até a audiência, mas a notícia de que pode ser encontrada em local ainda inédito nos autos. O procedimento, assim levado a efeito, consistiria na inversão da ordem prevista no *caput* do art. 456, CPC.

Por outro lado, no parágrafo único do mesmo dispositivo está ressalvada a ordem, condicionada a anuência das partes. Não obstante, se a decisão tomada tem por fundamento afastar aquela vulnerabilidade pontual do autor, dotando de efeitos concretos a norma que prescreve um processo adequado ao acesso à justiça, deve eventual recusa manifestada pelo réu ser fundamentada em possível prejuízo, que não seja o de descortinar a verdade em seu desfavor. Sem melhor sorte, a decisão judicial deve privilegiar a oitiva da testemunha em tempo oportuno.

O tema voltará a ser abordado mais adiante, mormente pela valiosa contribuição que o cumprimento desse dever pode dar à tutela do vulnerável. Refere-se a questão situada no que se pode chamar de espinha dorsal da tutela do vulnerável, adequação do procedimento para promoção de dignidade e cidadania com foco em questões relativas a prazos e provas.

O inciso VIII do art. 139, CPC, que determina que o juiz proceda à inquirição das partes, fora da hipótese prevista nos arts. 385 e seguintes, CPC, com o fim de esclarecer eventuais dúvidas sobre os fatos da causa, mostra-se relevante na medida em que as relações jurídicas materiais travadas notadamente pela parcela

hipossuficiente da população não prezam pela formalidade. É sem reduzir a termo as cláusulas, e até sem presença de testemunhas, que negócios jurídicos de compra e venda, locação, empréstimo, doação, permuta, dentre outros, são pactuados. Da mesma maneira que os marcos divisórios entre terrenos rurais são estabelecidos e o compartilhamento da, muitas vezes, escassa água é acordado.

Diante da informalidade das relações jurídicas parece importante o juiz lançar mão da previsão constante do art. 139, VIII, CPC. A oitiva do vulnerável pode ser fundamental para elucidação de questões fáticas cruciais para o tratamento do conflito. Mais do que isso, acredita-se que a conversa deve se passar sem apego a formalidades, visto ser esse, em regra, o cenário habitual do vulnerável, além de ser premissa cravada pelo código ao excluir nessas ocasiões a pena de confesso. Assim procedendo o vulnerável poderá experimentar sentimento de pertencimento, fundamental para o autorreconhecimento na relação processual, nos termos já abordados neste estudo, passagem obrigatória para a promoção de um acesso adequado à justiça no ambiente judicial.

A possibilidade dada à parte de sanar vícios processuais que, porventura, impedem a prolação de decisão de mérito, consistindo em dever judicial a franquia dessa oportunidade, está prevista no art. 139, IX, CPC, já mencionado quando, em poucas linhas, se abordou o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais. A técnica sob análise também é informada pelo princípio da primazia do julgamento de mérito (arts. 4º e 6º, CPC) e está prevista no âmbito recursal dentre os deveres do relator, apelidada pela doutrina de cláusula geral de sanabilidade disposta no art. 932, parágrafo único,⁴⁰¹ e art. 1.029, § 3º, ambos do CPC, este último na sistemática recursal dos tribunais superiores.⁴⁰²

Como antes anotado, o dever de colaboração é de grande valia para o vulnerável poder exercer, a par de suas limitações, direitos e faculdades processuais conferidas pelo ordenamento.

⁴⁰¹ JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 83-88, maio/2015.

⁴⁰² JOBIM, Marco Félix. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 298/2019, dez. 2019, p. 85.

Também é técnica especialmente cara à tutela do vulnerável o disposto no art. 139, X, CPC.⁴⁰³ Trata-se de disposição que imputa ao juiz o dever de informar a Defensoria Pública, dentre outros, a existência de demandas individuais repetitivas. Com a disposição demonstra o código, expressamente, a preferência pela tutela coletiva de direitos, abastecendo os legitimados pelas Leis nº 7.347/85 e 8.078/90, com a informação que pode servir de mola propulsora para deflagração do procedimento coletivo destinado, no caso, à tutela de direitos individuais homogêneos.

Não se trata de norma inédita no ordenamento jurídico pátrio, pelo menos não em sua totalidade. O art. 6º da Lei nº 7.347/85 já prevê, em dispositivo que ainda conta com redação original, o dever de servidores públicos municiarem o Ministério Público com informações de fatos capazes de ensejar a propositura de Ação Civil Pública. A novidade está no efeito pedagógico ao se inserir a previsão no código, acreditando-se que gozará de maior eficácia, e na extensão das informações para a Defensoria Pública e demais legitimados à tutela coletiva.

Por força da técnica ganha o vulnerável que pode se deparar com a tutela de seu direito sem precisar, por si, de deflagrar um, por vezes, demorado e custoso processo judicial. Além de evitar a experimentação de todas as agruras advindas da incerteza do resultado de sua demanda. Dialoga o código com o primeiro obstáculo para o acesso à justiça apontado no relatório final do Projeto Florença, ali nominado de *tutela do pobre enquanto classe*, propondo uma forma de enfrentamento do problema.⁴⁰⁴ O vulnerável, neste ensejo, além de contornar os problemas que poderia enfrentar ao demandar individualmente, pode contar com a *expertise* de litigantes habituais.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

⁴⁰⁴ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 38-39.

⁴⁰⁵ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 44.

Por fim, não obstante fora do rol do art. 139, CPC, o parágrafo único do art. 190, do mesmo código,⁴⁰⁶ prevê que o juiz deve recusar a aplicação de negócio jurídico processual celebrado caso “alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Trata-se de dispositivo base para elaboração de norma de longo alcance. A abordagem será desenvolvida no item 4.1, oportunidade em que se será tratada a legitimidade da jurisdição pelo procedimento e pela efetiva participação.

3.3.3 Tutela provisória

A duração do processo é responsável por boa parte das preocupações dos processualistas, já que a atividade jurisdicional exige certo espaço de tempo para desenvolver-se⁴⁰⁷ e, por outro lado, sabe-se há muito que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.⁴⁰⁸

Essa preocupação levou a duração do processo ao texto constitucional e ali inscrita (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88), acompanhada do adjetivo “razoável”, ganhou *status* de princípio destinado a informar todo o ordenamento processual.⁴⁰⁹

A técnica de tutela provisória prevista no Livro V (arts. 294 a 311, CPC) tem por escopo amenizar, ou evitar, os efeitos maléficos do tempo sobre o direito que se busca ver efetivado pela via processual, haja vista que “se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele”.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

⁴⁰⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de processo civil*, v. 1, 2017, p. 375.

⁴⁰⁸ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à Justiça*, 1988, p. 21.

⁴⁰⁹ Inclusive repercutindo textualmente no atual código (arts. 4º e 6º).

⁴¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 567. “Quando o direito que está nas mãos do réu é reconhecido, o prejuízo imposto a este é significativamente menor do que aquele que é causado ao autor que, privado do seu direito, fica por longo período de tempo à espera da resposta jurisdicional que o reconhece”. (MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt.

Aceitado o desafio de “construir tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva”,⁴¹¹ o legislador do atual Código de Processo Civil disciplinou o tema estabelecendo, sob o termo genérico *tutelas provisórias*, as espécies *urgência* e *evidência*. A primeira tem por pressuposto um “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”, além da probabilidade de ser o autor o titular do direito pretendido. A segunda exige a demonstração, ainda que sumariamente, da titularidade ou evidência do direito perseguido no processo.⁴¹²

Os pressupostos para o deferimento da tutela de urgência miram, em verdade, a relação jurídica material, como deve ser a inclinação natural do instrumento. De tal sorte, é a maior ou menor ameaça que paira sobre o bem da vida em litígio que é capaz de definir os rumos a serem dados ao pleito provisório assim emoldurado, afinal, “risco ao resultado útil do processo só pode significar que, sem a ‘tutela provisória’, a *tutela do direito* corre o perigo de não poder ser realizada - daí a necessidade de satisfazer ou acautelar imediatamente o direito”.⁴¹³ É preciso dizer que a tutela de urgência pode ter natureza satisfativa ou cautelar. Como tutela satisfativa pode assumir feição preventiva, repressiva, ressarcitória ou de tutela do adimplemento⁴¹⁴ e enquanto tutela cautelar tem por objetivo acautelar o direito material disputado para que não pereça, ou se deteriore, pelos efeitos do tempo.⁴¹⁵

O custo e o tempo no processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, dez./2002. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 03 mar. 2020, p. 45.

⁴¹¹ MARINONI, O custo e o tempo do processo civil brasileiro, 2002, p. 46.

⁴¹² A tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015, p. 570).

⁴¹³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Curso de processo civil*, v. 2, 2017, p. 199.

⁴¹⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Curso de processo civil*, v. 2, 2017, p. 197.

⁴¹⁵ “A demanda cautelar, como todo ato de postulação, possui um objeto, um mérito, composto por pedido (de segurança) e causa de pedir (remota: plausibilidade do direito acautelado e o perigo da demora; próxima: direito à cautela). Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (como exige a fumaça do bom direito)”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015, p. 567).

Dadas as noções elementares da técnica processual em foco é chegado o momento de voltar os olhos para o objeto desta pesquisa e relacionar a técnica com a temática da tutela do vulnerável processual.

A conexão se mostra evidente a partir da constatação inscrita no relatório final do Projeto Florença, multicitado neste trabalho. Assinalam Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.⁴¹⁶

O tempo da tramitação do processo é, pois, especialmente significativo para o vulnerável. O lapso temporal compreendido entre o ingresso da ação e a efetivação do comando decisório fixado na decisão final pode operar como importante fator de fragilização da posição processual.

As dificuldades de deslocamento ou de administração da rotina familiar ou profissional podem ser deveras dificultosas para o comparecimento da parte aos atos do processo que exigem sua presença. A dificuldade de comunicação entre a parte vulnerável e o profissional que a assiste, muitas vezes devido a ineficiência de canais de comunicação, também pode se converter em fator desmotivador. A marcha processual pode se revelar difícil e cansativa, em uma escala crescente e diretamente proporcional ao tempo de duração da relação processual.

À vista de tais ingredientes e para não se ver em sérias restrições ao exercício de direitos e faculdades processuais, o vulnerável processual clama por um processo célere. Assim, ao se conceber a compreensão de duração razoável do processo não se pode fechar os olhos para essa realidade. O acesso adequado à justiça pelo vulnerável reclama que a sua condição seja levada em conta para se imprimir a merecida celeridade processual. Aliás, assim proceder, nada mais é do que conferir ao princípio da isonomia a observância que lhe é devida, dando ao desigual

⁴¹⁶ CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*, 1988, p. 20.

(vulnerável) o tratamento necessário na medida da sua desigualdade (efeitos desiguais do tempo no processo).⁴¹⁷

Ademais, se o acesso adequado à justiça pressupõe um processo como mecanismo promotor de dignidade humana e, igualmente, espaço em que a cidadania encontra esteio, os olhos devem estar atentos às circunstâncias fragilizantes dessas virtudes do Estado Democrático Constitucional, sem amarras estéreis que acabam por colocar o instrumento a serviço dele próprio e não ao interesse que deveria aparelhar. Possibilidade aberta para se afirmar que “não apenas as formas típicas de tutela são exemplificativas, como também os requisitos específicos de tais formas típicas devem ser considerados exemplificativos”.⁴¹⁸

E assim, por exemplo, deve ser concedida a tutela de urgência em caráter satisfativo em prol da parte que litiga por imóvel residencial, em pretensões que envolvem partilha de bens como divórcio, dissolução de união estável ou inventário, caso seja a única das partes que não possua moradia própria, ou meios para custear uma para si e para sua família, concedendo direito de habitação até que receba a quantia correspondente ao seu quinhão. Do mesmo modo, merece a tutela provisória a parte ré em demanda promovida pelo Município cuja pretensão é de demolição do imóvel que lhe serve de residência, sob o fundamento de que se encontra em área de risco. A alocação imediata em outra moradia a salvo de riscos ou a inclusão em programa de recebimento de aluguel social são medidas tendentes a apaziguar os efeitos deletérios do tempo e situar a parte em posição que lhe permita atuar na relação processual segundo a estratégia que melhor lhe aprouver, sem pressões externas, isto é, dignamente.

Ainda, a concessão de tutela de evidência ao réu que em ação de imissão na posse movida com fundamento no art. 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66,⁴¹⁹ sustente ter

⁴¹⁷ “O fato de que a resistência indevida no processo não pode ser *fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde*, mormente quando o autor depende economicamente do bem da vida, hipótese em que o desprezo pelo tempo do processo e o conseguinte fortalecimento da posição do réu acentua a desigualdade entre as partes, *transformando o princípio da igualdade em uma abstração irritante*”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*, 2015, p. 201-202).

⁴¹⁸ MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 345.

⁴¹⁹ “Art 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por

adquirido o imóvel em questão pela via da usucapião, apresentando elementos hábeis a demonstrar o direito alegado. Nesse caso, deve o juiz, por força da tutela provisória conferida ao réu, revogar a liminar concedida no despacho inicial e assegurar que o imóvel permaneça em poder de quem o possui até que se alcancem providências ulteriores destinadas à cognição exauriente.

Importante consignar, por fim, que o fator temporal atinge considerável potência em processos em que figuram vulneráveis também pela circunstância de que o bem da vida por eles perseguido, em grande parte dos casos, está ligado à própria subsistência. Isso porque são, em regra, demandas por saúde, moradia, educação, além de vestuário e lazer (esses últimos especificamente em ações que se demandam alimentos). Desta feita, “não apenas questões atinentes à posse podem merecer tutela (de urgência ou de evidência), mas também temas relacionados à proteção dos direitos fundamentais em geral, das liberdades, dos contratos etc”.⁴²⁰ Nessa esteira, é possível firmar a premissa de que a natureza do direito material discutido no processo pode servir de catalisador para a fragilização da parte. Em casos tais, ainda com muito mais razão do que em outros, prescinde da provocação da parte, porquanto deve o juiz exercer “poder geral de cautela” e de ofício promover a tutela do vulnerável com suporte nos arts. 139, I, II e IV e 297, ambos do CPC.

3.3.4 Cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova)

A tradicional rigidez de distribuição dos encargos probatórios, cumprindo ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos modificativos,

cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

[...]

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação”. Vale registrar que o Decreto-lei nº 70/66 encontra-se com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sem suspensão nacional. Trata-se do RE 627106/PR que substitui o AI 771770/PR como caso paradigma e, sob o tema 249, está assim ementado: “Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, e 6º, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, das normas do Decreto-lei nº 70/66, que possibilitam a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação, com a Constituição Federal”.

⁴²⁰ MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 345.

impeditivos ou extintivos do direito do autor, constitui técnica inadequada para construção de decisões justas, pois “no resulta en todos los supuestos idóneo para indicar con acierto quién debe soportar, desde una correcta perspectiva axiológica, la carga de probar ciertos hechos controvertidos”.⁴²¹ Jorge Peyrano noticia que a busca por uma decisão justa foi a mola propulsora desse movimento que pretende afrouxar essas amarras:

se empezó a reparar en que ni eran bastantes ni contaban con la flexibilidad que sería de desear. Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo.⁴²²

Sensível a tal circunstância o legislador inseriu no código técnica processual destinada a flexibilizar esse modelo. Trata-se do disposto nos parágrafos do art. 373 do CPC.⁴²³

Consoante classificação elaborada por Didier Júnior e outros o art. 373 do código prevê a *regra estática* de distribuição dos encargos probatórios – realizada *a priori* pelo legislador e disposta no *caput* - e a chamada *distribuição dinâmica* - enunciada nos parágrafos do referido dispositivo a ser implementada no caso concreto por decisão judicial (§§ 1º e 2º) ou por consenso das partes (§ 3º).⁴²⁴ Mas, neste último caso, não se quer dizer que as partes terão ampla e irrestrita liberdade para disposição, porquanto em se tratando de negócio processual incide a regra do art.

⁴²¹ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Proceso*. vol. 217/2013, p. 205-224, mar/2013, p. 207.

⁴²² PEYRANO, Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, 2013, p. 207.

⁴²³ “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

⁴²⁴ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, 2015, p. 107.

190, CPC, e, deste modo, “o magistrado deverá analisar a *validade* das convenções processuais, controlando a extensão em que a vontade das partes pode modificar o procedimento estatal”.⁴²⁵

A distribuição dinâmica exige para sua aplicação que os olhos estejam postos no caso concreto. Dessarte, é sob inspiração da relação processual instaurada que se dará a adoção de técnica que permite flexibilizar a rigidez estatuída pelo legislador. Imprescindível pontuar que enquanto a distribuição rígida do *caput* se revela regra de julgamento,⁴²⁶ a expressão “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, constante da parte final do § 1º do artigo em comento, deixa claro que a distribuição do ônus da prova realizada pelo juiz ou por consenso das partes é regra de instrução.⁴²⁷ Se assim não fosse haveria chapada violação do princípio do contraditório, na sua faceta da não surpresa (art. 10, CPC), afinal “o processo não é um palco de armadilhas”.⁴²⁸

A distribuição da prova como regra estrutural do procedimento pressupõe que haja previsão legal expressa nesse sentido, deve estar fundada na vulnerabilidade processual de uma das partes ou, noutro caso, que uma das partes possa obter a prova com mais facilidade. A vulnerabilidade é caracterizada pela impossibilidade ou pela excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório segundo o modelo rígido enunciado no *caput*. Trata-se da denominada *prova diabólica*⁴²⁹ que não necessariamente compreende a prova de fato negativo, como adverte Medina:

⁴²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 258. Destaques no original.

⁴²⁶ “As regras do ônus da prova, em sua *dimensão objetiva*, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza”. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, 2015, p. 110). Destaques no original.

⁴²⁷ MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 449.

⁴²⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 578.

⁴²⁹ “A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóveis do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os ‘fatos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito’”. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito*

Pode-se, no entanto, estar-se diante de um falso problema, pois, no mais das vezes, *toda afirmação é uma negação, e, vice-versa, toda negação contém, em si, uma afirmação*. Caso a demonstração do fato negativo seja impossível (“prova diabólica”), poderá ser determinada sua inversão.⁴³⁰

A prescrição sob enfoque não foi novidade introduzida no ordenamento pelo Código de Processo Civil. O art. 6, VIII, CDC, já previa a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.⁴³¹⁻⁴³²

Um outro pressuposto para a aplicação da técnica está previsto no § 2º do art. 373, CPC. Não se pode estar diante do que Didier Júnior e outros assinalam como *prova bilateralmente diabólica*.⁴³³ Caso os pressupostos subjetivos para distribuição da carga probatória de maneira diversa daquela estatuída no *caput* também sejam preenchidos pela contraparte, não se poderá adotar a técnica. A hipótese, caso permitida, não implicaria no tratamento da vulnerabilidade, mas apenas a sua mudança de polo processual, o que seria inaceitável.

Quanto à formulação de negócio jurídico processual neste tema importante pressuposto a ser observado pelos sujeitos está descrito no § 3º, II, do art. 373, CPC. Como dito linhas atrás, ainda que se classifique como consensual a definição dos encargos probatórios que caberá a cada uma das partes, o juiz não está excluído da participação. Também aqui, assim como em todos os atos processuais, o juiz exerce importante função de controle de validade. Com efeito, caso a

processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, 2015, p. 114).

⁴³⁰ MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 449.

⁴³¹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

⁴³² Sobre eventual diferença entre a regra prevista no CPC e aquela no diploma consumerista, intitulada *inversão do ônus da prova*, anotam Mitidiero e outros: “Na doutrina nacional, há autores que fazem uma distinção entre inversão do ônus da prova e *dinamização do ônus probatório*. Para essa corrente, na primeira figura, o ônus é distribuído fixamente pelo legislador e vicissitudes posteriores o levam à inversão do ônus da prova (por exemplo, art. 6º, VIII, CDC). Na segunda, porém, o ônus da prova já nasce diante do direito material de forma diversa daquela preconizada pela *Normentheorie*. Outros autores descartam essa distinção, tratando todas essas figuras, indistintamente, como hipóteses de inversão, modificação ou dinamização do ônus da prova”. (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, *Curso de processo civil*, v. 1, 2017, p. 266).

⁴³³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, 2015, p. 115.

disposição consensuada pelas partes coloque uma delas em posição de vulnerabilidade, isto é, lhe atribua encargo probatório impossível ou excessivamente difícil de se desincumbir, deve o juiz recusar a aplicação, nos termos do art. 190, parágrafo único, do código.

A vulnerabilidade que se quer combater é aquela revelada pela impossibilidade, ou extrema dificuldade, de uma das partes em obter a prova que seja pertinente à sua pretensão. A temática probatória ocupa, justificadamente, grande parte da preocupação dos processualistas, haja vista a sua íntima ligação com o sucesso do processo enquanto instrumento, ou seja, via através da qual se constrói decisões jurídicas justas. De mais a mais, se não combatidas, essas circunstâncias acabariam por minar aquilo que se vem alertando neste trabalho monográfico. A parte processual se veria limitada, injustamente, no exercício de direitos processuais, comprometendo, ao fim e ao cabo, o próprio caráter democrático do processo.

A flexibilização do molde dos encargos probatórios é expressão do contraditório, enquanto postulado que orienta um processo participativo. Participação efetiva pressupõe o direito de influenciar a formação do convencimento do juiz.⁴³⁴

Ainda é preciso por em relevo que a quebra da rigidez anunciada no art. 373, *caput*, conforme previsto em seus parágrafos, reforça que não há espaço para sentimentos egoísticos em matéria probatória. Ratifica, pois, a compreensão de que a prova pertence ao processo e que deve ser buscada em verdadeira *comunidade de trabalho*. Parece justa a denominação empregada por Augusto Morello, qual seja, *solidaridad en materia probatoria*.⁴³⁵

Tendo em vista que a dinamização deve ocorrer em consonância com o caso concreto são infundáveis as possibilidades de sua aplicação. Para ilustrar vale citar o exemplo da ação de alimentos em que para fixação do *quantum* da prestação alimentar, conforme exigência do binômio que rege a matéria, deve ser conferido ao réu, a quem se imputa o dever de pagar, o ônus de trazer aos autos prova da sua

⁴³⁴ CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 197.

⁴³⁵ MORELLO, Augusto María *apud* PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. vol. 217/2013, p. 205-224, mar. 2013, p. 208.

possibilidade.⁴³⁶ No mesmo sentido, caso a única via do contrato de locação esteja em poder do locador, deve ser dele o ônus de juntá-la aos autos em demanda ajuizada pelo locatário que sustenta que os aluguéis eram pagos adiantados, sempre relativos ao mês subsequente, e que estava excluída pelo contrato a responsabilidade de pintura do imóvel ao fim do vínculo. No mesmo sentido, em demandas de saúde em face do Estado, deve ser deste o ônus de provar que o fármaco prescrito pelo médico do Sistema Único de Saúde não é o melhor para o tratamento do paciente ou que o exame solicitado não se presta ao fim laudado pelo profissional da medicina. Deve caber ao adquirente do veículo que não promoveu a transferência de titularidade em cadastro administrativo trazer aos autos o Documento Único de Transferência (DUT). O objetivo, neste último caso, é de fazer prova do negócio jurídico narrado pelo alienante na inicial e que, conforme alegado, o citado documento foi preenchido na oportunidade.

⁴³⁶ MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 448.

4 A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO E A TÓPICA NA PERSPECTIVA DE TUTELA DO VULNERÁVEL E DE EFETIVAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

*“A nossa é a época do direito responsabilizado, do direito não separado da sociedade, mas intimamente ligado a ela, às suas necessidades, às suas demandas, ao grito de esperança, mais ‘espesso’ diante dos justos protestos e das dores, que vêm da sociedade”.*⁴³⁷

Adotando como ponto de partida as normas fundamentais de processo anotadas neste trabalho monográfico, quais sejam, dignidade da pessoa humana e cidadania, com viés de promoção de uma relação jurídica processual verdadeiramente democrática e subjetivamente equilibrada no que tange ao exercício de prerrogativas processuais, será dedicada uma maior atenção ao módulo processual para que se qualifique como democrático, doravante.

A crença aqui estabelecida é a de que, em primeiro lugar, deve o procedimento normatizado ser adequado àquelas normas fundamentais (legitimação pelo procedimento). Em segundo lugar, é imperioso que esse procedimento se desenvolva com efetiva participação das partes, o que demanda a verificação *in concreto*.

Marinoni, em obra já referenciada,⁴³⁸ registra que a legitimação pelo procedimento e pela participação, ao lado da legitimação da decisão, formam os pilares de legitimação da própria jurisdição. Vale o cotejo, por oportuno, com as premissas firmadas por Axel Honneth,⁴³⁹ porquanto o reconhecimento pressupõe efetiva participação em procedimento que, mais do que permite, catalisa comportamento processual ativo.

⁴³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, vol. 60, p. 110-117, out./dez. 1990, p. 116.

⁴³⁸ Vide nota de rodapé 160.

⁴³⁹ HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, 2003.

Dignas de nota também são as lições de Niklas Luhmann⁴⁴⁰ e Jürgen Habermas⁴⁴¹ quanto à legitimidade do procedimento, enriquecendo o debate no tema que está situado na essência do que se propõe como tutela processual do vulnerável.

Noutro norte, a lógica apodítica sob a qual se construiu a técnica dedutiva,⁴⁴² própria da concepção sistemática do Direito, não parece ser suficiente a engendrar todas as particularidades em que se apresenta a temática de tutela do vulnerável na relação processual. A constatação decorre da noção propedêutica de impossibilidade lógica de se prever, *a priori*, todas as possíveis circunstâncias processuais de configuração da vulnerabilidade e as técnicas destinadas a combatê-la.⁴⁴³

É nesse quadrante que a tópica pode dar contribuição inestimável à tutela do vulnerável na relação processual. Forte nas lições de Theodor Viehweg adotar-se-á a tópica como técnica de pensar problematicamente a partir da retórica.⁴⁴⁴ E, com efeito, ampliar as possibilidades de não sonegar das partes processuais um espaço destinado ao exercício de cidadania e, igualmente, promotor de dignidade humana, sem deixar de se dedicar atenção ao equilíbrio da relação processual (paridade de armas).

Importante destacar, neste ensejo, o diálogo que se propõe com a teoria da linguagem. Enquanto a lógica apodítica se ocupa de estabelecer premissas

⁴⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

⁴⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

⁴⁴² “Vimos, a propósito da Escola da exegese, como, sob a influência do racionalismo moderno, o direito foi assimilado a um sistema dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética”. (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 69).

⁴⁴³ Marinoni destaca que quanto à adequação procedimental ao direito material subjacente também pode haver lacunas de técnicas processuais aptas a prestação de tutela jurisdicional efetiva: “É que o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material. Nesse caso, como é óbvio, a técnica processual deve ser considerada inidônea à tutela dos direitos. Acontece que a percepção dessa distorção somente é possível quando o processo é olhado a partir do plano do direito material”. (MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 2019, p. RB-1.1).

⁴⁴⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução da 5 ed. alemã, rev. e ampl., da Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 34. Em sua obra Viehweg retoma a retórica aristotélica como técnica de pensamento problematizado, passando pela tópica de Gian Battista Vico e a lógica retórica de Perelman. Recomenda-se, fortemente, consultar a obra do referido autor, em que é exposta essa abordagem histórica.

dogmatizadas revestidas de necessariedade, o que se assemelha a uma construção da verdade por autoridade, a tópica se inclina à construção de verdades por consenso, fruto de debates e opiniões gerais (próprios da retórica) como adiante mais detidamente será abordado.⁴⁴⁵

Ademais, fixa-se a premissa de possível combinação de ambas as técnicas de construção do pensamento na Ciência do Direito, destinada a promover verdadeira integração do ordenamento jurídico. Ainda que se dê prevalência ao estilo dedutivo, que tem como ponto de partida a norma predisposta, ligado à tradição sistemática, o pensamento indutivo, tomado a partir do caso concreto, apresenta-se como método subjacente, destinado a preencher lacunas de técnicas processuais adequadas ao caso em voga.

Não se descarta, por óbvio, a possibilidade de flexibilização procedimental, para garantir a observância daquelas normas fundamentais quando inexistentes técnicas processuais ou, se existentes, “sejam inapropriadas diante da relação jurídica apresentada.”⁴⁴⁶ Aporia que se deve combater com a combinação das técnicas, se necessário.

A mescla das técnicas apodítica e tópica, a propósito, é adotada há tempo, à guisa de exemplificação, na ponderação de interesses. Casos que envolvem princípios constitucionais de envergaduras equivalentes em rota de colisão em dada situação específica.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 14 (no prólogo à edição brasileira) e 57.

⁴⁴⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 135-164, 2010. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570>>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). ADI nº 4.815 DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, julgado em: 10 jun. 2015. *Diário da Justiça*: 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 21 set. 2019. Na linha do exposto por Viehweg: “O primeiro deles é a pergunta sobre o que ocorre quando textos se contradizem; o segundo, é o problema mais ou menos consciente de como se pode, ao mesmo tempo, estabelecer uma adequada correlação de situações. Em ambos os casos o auxílio deve ser dado pela *ars inveniendi*, e, portanto, pela tópica”. (VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 67).

A dogmática processual pressupõe, para que seja considerada adequada ao paradigma de Estado Democrático Constitucional, jurisdição que se legitima pelo procedimento participativo. Por outro lado, o caráter sistêmico da dogmática não se contrapõe ao método de pensamento problematizado. São técnicas que se completam e, como tal, aperfeiçoam a tutela do vulnerável no processo e a promoção adequada de justiça. Essas são balizas teóricas que logo adiante serão tratadas, sem pretensão, todavia, de esgotamento do tema.

4.1 A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO PROCEDIMENTO E PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO

A possibilidade de ouvir e ser ouvido, o confronto de argumentos, a diversidade de pessoas e a pluralidade de realidades, a discriminação apenas para fins de promoção de direitos e compensação de distorções históricas, a inclusão social em todas as vertentes (saúde, educação, segurança, trabalho, lazer, dentre outros), são pautas ajustadas à democracia e, mais do que isso, estão localizadas na essência deste regime de governo.

Nada mais salutar, desta feita, que se adote um *modus operandi* capaz de assegurar as pretensões e práticas democráticas. O foco no procedimento para esse fim leva Habermas a afirmar: “O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito”.⁴⁴⁸

A diversidade de conflitos e a multiplicidade de circunstâncias pessoais de litigantes são fatores que não podem passar despercebidos do procedimento. Atento ao bem da vida perseguido em juízo e com o intuito de promover uma tutela mais ajustada ao caso concreto o legislador criou adaptações no procedimento⁴⁴⁹ a ponto,

⁴⁴⁸ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2, 1997, p. 183.

⁴⁴⁹ “Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras do processo. As repercussões dessa graduação dos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tantos outros”. (LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de

inclusive, de estabelecer procedimentos especializados, os chamados procedimentos especiais.⁴⁵⁰ Não obstante, tendo em mente que o centro da atenção no ordenamento jurídico é ocupado pelas pessoas e não pelas coisas,⁴⁵¹ ainda com mais razão deve-se preocupar na promoção de tutelas subjetivamente ajustadas. Nessa perspectiva, a tutela do vulnerável processual merece ocupar a ordem do dia.

Contrasta com essa demanda a infinidade de possibilidades, fruto da própria multiplicidade de circunstâncias ensejadoras de vulnerabilidade. Nesse sentido, também é preciso pontuar que um sistema, tal como o processual, é necessariamente reducionista,⁴⁵² pois caso contrário não se constituiria em sistema. Para Luhmann a *história do processo jurídico*, isto é, a carga de conhecimento acumulada pela experiência em processos passados, ainda opera como um limitador dentro do sistema, pois é a partir desse filtro que declarações e comportamentos são tidos como aceitáveis ou não. Soma-se a esse aspecto outro componente reducionista de possibilidades, qual seja, o comportamento do sujeito processual a quem não é permitido retornar sobre os próprios passos, vinculando-se ao passado específico vivenciado naquela relação, o que “restringe,

adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976. Porto Alegre, 1976, p. 254).

⁴⁵⁰ “É com Proto Pisani que surge a relação dos procedimentos especiais ao que designa de *tutela jurisdicional diferenciada* (expressão que trabalha em perspectivas diferentes, interessando-nos aqui a que associa os procedimentos especiais a uma forma de tutela diferenciada), quando o autor destaca a necessidade de que as técnicas processuais sejam diversificadas de acordo com as situações de Direito Material tuteláveis”. (GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *PRODIREITO*. Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2015, p. 97-128, v. 2, p. 111).

⁴⁵¹ Premissa já consagrada, inclusive, no âmbito do direito civil, ramo então eminentemente privado: “A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tomam prioritários no âmbito do direito civil”. (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 2, p. 1151-1167, out. 2010, p. 1155).

⁴⁵² “À ordem inerente do sistema pertence ainda um projeto seletivo de ambiente, uma visão ‘subjetiva’ do mundo, que, entre as possibilidades do mundo, só escolhe alguns fatos relevantes, acontecimentos, expectativas, que considera significativos. É através dessa redução que os sistemas permitem uma orientação inteligente da ação”. (LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 39).

progressivamente, as suas possibilidades de ação dentro do próprio procedimento”.⁴⁵³

Todavia, se o Estado se propõe a monopolizar o exercício da jurisdição e institui um caminho oficial para tratamento de conflitos que emergem da vivência em sociedade, necessariamente consagra esse caminho como inafastável e, por consequência, de acesso universal. Nessa quadra, Marinoni dá pistas do possível paradoxo: “De modo que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material”.⁴⁵⁴ Com efeito, se o acesso à jurisdição também é universal mister que haja “adequação do sistema processual às características dos direitos substanciais e às posições sociais dos litigantes”.⁴⁵⁵

Em síntese, procedimento consentâneo ao paradigma de Estado Democrático Constitucional também deve admitir a prestação de tutela subjetivamente adequada, ou seja, o reconhecimento de direitos e a adoção de mecanismos para efetivá-los que melhor se amoldam às circunstâncias pessoais dos litigantes. Preocupação que se mostra fundamental à tutela do vulnerável, porquanto detentor de condições peculiares que comprometem o gozo de direitos processuais.

É certo que uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” é fundamental para o reconhecimento da legitimidade do procedimento.⁴⁵⁶ Não pode haver espaço, dessarte, para um procedimento rígido, inflexível, uma espécie de procedimento modelo inalterável. Qualidades que não se harmonizam com as premissas anteriores e, por assim dizer, dá mostras de carência de legitimidade. Luhmann faz uma valiosa advertência:

⁴⁵³ LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 41.

⁴⁵⁴ MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 551.

⁴⁵⁵ TROCKER, Nicolo. *Processo civile e costituzione*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 699 *apud* MARINONI, *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, 2007, p. 550.

⁴⁵⁶ LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 30.

Aqui existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das consequências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação.⁴⁵⁷

Somente lançando mão de argumentos que “são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos”,⁴⁵⁸ é que se poderá chegar via *flexibilização* (ou adequação) a um procedimento mais conveniente à prestação da tutela ajustada ao vulnerável no caso concreto. Nesse compasso, a pessoa será alçada ao seu lugar de direito, o centro do ordenamento processual.

Outrossim, não se pode perder de vista o caráter instrumental do processo⁴⁵⁹ e, com efeito, sua necessária vocação de realização do direito material no caso concreto. De nada serve, ademais, um processo que não se desfaz de amarras ritualísticas que por vezes impedem a expressão, promovendo o autorreforço dos sentimentos de medo e insegurança,⁴⁶⁰ e assim se mostra descomprometido com seu fim maior. Não é desarrazoado afirmar que a almejada eficiência processual só será alcançada se o procedimento puder ser adaptado ao combate de vulnerabilidades que comprometem o desempenho da parte na relação.

A esse respeito prevê o CPC algumas possibilidades de adequação procedimental. São consideradas adequações judiciais típicas, por exemplo, as hipóteses de tutelas provisórias (arts. 294 e seguintes) e o previsto nos arts. 139, IV, V, VI e VIII, 357, § 3º, 373, § 1º.⁴⁶¹ Quando as possibilidades tipificadas não se mostram suficientes, pois inadequadas, é necessário arquitetar adaptações atípicas no procedimento em

⁴⁵⁷ LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 37.

⁴⁵⁸ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 1997, p. 280.

⁴⁵⁹ “Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação”. (LACERDA, *O código como sistema legal de adequação do processo*, 1976, p. 252).

⁴⁶⁰ LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 38.

⁴⁶¹ A respeito da adequação procedimental pelo juiz conferir: REDONDO, Bruno Garcia. *A adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Juspodivm, 2017. Sobre a postura ativa a ser assumida pelo juiz assinala Medina: “Vê-se que o art. 139, VI, do CPC/2015, ao referir-se à hipótese de alteração da ordem de produção das provas ou ampliação de prazos, não exaure os casos em que a própria lei processual permite ao magistrado atuar, incisivamente, na fixação do procedimento a ser observado”. (MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 110).

atenção aos fins do processo e para tutela do vulnerável. Tal desiderato pode ser alcançado servindo-se do argumento consagrado pela teoria dos poderes implícitos.⁴⁶²

Sobre a possibilidade de adequações atípicas e firmando como fundamental o direito a adequação procedimental, anota Didier Jr.:

Mas o princípio da adequação do processo pode atuar *diretamente*, sem a intermediação de regras que o concretizem. Permite-se ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede, por exemplo, a efetivação de um direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade etc.).⁴⁶³

Gajardoni, na mesma linha, após classificar as possibilidades de flexibilização procedimental,⁴⁶⁴ e considerar a necessidade de se promover variações no procedimento a fim de atender a uma qualidade especial das partes assinala que: “não parece afastada a possibilidade de ser permitida, de modo excepcional, e obedecidas certas condicionantes, a adaptação procedimental diretamente pelo juiz, mesmo não havendo previsão legal expressa”.⁴⁶⁵

Consoante observado por Trícia Navarro os grandes sistemas jurídicos ao redor do mundo estão, cada qual com suas peculiaridades, passando por alterações ideológicas e práticas. Sob o fundamento de ideias publicistas ou a fim de se atender a efetividade, enquanto exigência constitucional, tem-se observado um

⁴⁶² “A *teoria dos poderes implícitos* revela-se, pois, como mais um dos fundamentos da teoria da adequação procedimental. Quando o Direito aponta a *finalidade* (efetividade da tutela jurisdicional), ele deve garantir, obviamente, todos os *meios* necessários (dentre eles, adequação procedimental pelo juiz e pelas partes) para o seu alcance, independentemente de essa possibilidade de adaptabilidade do procedimento vir ou não de forma expressa na lei”. (REDONDO, *A adequação do procedimento pelo juiz*, 2017, p. 108).

⁴⁶³ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 2017, p. 134.

⁴⁶⁴ *Flexibilização legal alternativa* (tramitações processuais alternativas), *flexibilização legal genérica* (art. 139, VI, CPC), *flexibilização legal voluntária* (art. 190, CPC) e *flexibilização judicial do procedimento*. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 253).

⁴⁶⁵ GAJARDONI, *Comentário ao novo código de processo civil*, 2016, p. 253.

aumento gradativo de reconhecimento e/ou implementação de iniciativas conferidas ao juiz.⁴⁶⁶

É justamente essa postura ativa do juiz que se espera na aplicação do parágrafo único do art. 190, CPC.⁴⁶⁷ Está consignado no dispositivo que caso a flexibilização procedimental voluntária (promovida pelos sujeitos parciais) não se atente a manifesta condição de vulnerabilidade de uma parte o juiz deverá rejeitá-la, isto é, tendo em vista o dever de fundamentação das decisões deve o juiz declarar a convenção inaplicável.

A referida prescrição legal permite a elaboração de norma absolutamente proveitosa na tutela do vulnerável processual. Com esse propósito deve o juiz rejeitar aplicação ao negócio jurídico processual idealizado pelas partes. Noutros termos, merece ser afastada a convenção de adequação procedimental que não promova a parte vulnerável na relação a sujeito em pleno gozo de prerrogativas processuais. A regra tem nítido caráter protetivo e visa coibir que a contraparte, aproveitando-se de uma melhor situação, possa se valer da condição de vulnerabilidade de seu *ex adverso* para conseguir posição processual ainda mais vantajosa. Por exemplo, não se deve admitir a diminuição de prazos para manifestações processuais quando uma parte em razão de hipossuficiência e por ser moradora de zona rural distante do juízo tenha dificuldades de acesso a meio de transportes. Igualmente, não se deve restringir os meios de produção de prova, por exemplo, estabelecer que as partes somente se valerão de documentos, quando pela informalidade da relação material uma parte necessitar arrolar testemunhas. Ainda, inaplicáveis os termos que fixaram os pontos controvertidos se claramente prejudiciais a uma das partes por deixar de fora elemento substancial de sua pretensão.

Todavia, não é só. O enunciado pode servir à elaboração de outra norma. Para tanto é preciso ter em mente os argumentos anotados até aqui para sustentar a

⁴⁶⁶ CABRAL, Flexibilização procedimental, 2010, p. 157.

⁴⁶⁷ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

flexibilização procedimental para tutela do vulnerável processual, quais sejam, a instrumentalidade do processo e a eficiência processual, a colocação do sujeito no plano central do ordenamento, a aplicação da teoria dos poderes implícitos e a impossibilidade racional de se prever no plano abstrato todas as circunstâncias práticas passíveis de ocorrência, a demandar profícuo trabalho argumentativo. Todos os argumentos voltados à legitimação da jurisdição pelo procedimento.

Nessa esteira, não parece crível que o juiz deve zelar pela aplicação das regras procedimentais estatuídas no código mesmo que isso implique em colocar ou manter a parte em situação de vulnerabilidade ao passo que, por outro lado, deve se negar a aplicar, sendo essas as circunstâncias, regras que forem fruto de consenso das partes. Em outras palavras, se a *ratio* é a tutela do vulnerável mediante a adoção de um procedimento adequado às suas circunstâncias fragilizantes, com vistas a afastá-las, não se deve admitir aplicação de regras que não se propõem a isso, independentemente de sua origem. Só assim será preservada a *intentio legis*. De tal sorte, também por esse prisma pode ser avocada a adequação procedimental no caso concreto para fins de tutela do vulnerável processual.⁴⁶⁸

Não obstante, sob o epíteto de adequação procedimental com vistas à tutela do vulnerável não se pode, lado outro, violar direitos da contraparte na relação. Tal postura, inclusive, poderia promover uma mudança de polo da vulnerabilidade, o que é de todo reprovável. Assim, caso tomada decisão destinada a combater a

⁴⁶⁸ Digna de nota é a questão da iniciativa probatória do juiz. Conforme as assertivas lançadas há de se admitir a postura judicial ativa a fim de promover as alterações procedimentais e processuais necessárias tendo em vista a efetivação de direitos processuais fundamentais, isso inclui determinações de ofício de produção de prova. Nesse sentido, cumpre registrar algumas passagens da doutrina: “Na atualidade perceberam os processualistas a necessidade de postura ativa do juiz para a busca da verdade real, afastando a aplicação irrestrita do princípio dispositivo, e não apenas na atividade probatória. Ganha vigor a compreensão do juiz como sujeito condicionante, que exerce não só poder, mas influência, e vem sendo cada vez mais defendida a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes”. (CABRAL, *Contraditório*, 2011, p. 202). “A verdade é que não se pode mais aceitar o Juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes”. (OLIVEIRA, *O juiz e o princípio do contraditório*, 1993, p. 2). “Em síntese, não há incompatibilidade entre o comportamento ativo do juiz, que revela interesse e compromisso com a obtenção do resultado justo, e a efetivação do contraditório real. A conciliação dessas premissas constitui fator essencial da efetividade do processo”. (BEDAQUE, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, 2016, p. 35). “Afirmamos que o juiz deve atuar de modo *imparcial e neutro*, o que não significa dizer que deve o juiz atuar de modo *passivo*, já que deve atuar inspirado pelos valores sociais e econômicos refletidos nos princípios – constitucionais, sobretudo – que informam o sistema jurídico”. (MEDINA, *Curso de direito processual civil moderno*, 2017, p. 114).

vulnerabilidade de uma parte deve-se observar o contraditório e não causar surpresa no outro sujeito processual (arts. 7º, 9º e 10, todos do CPC).

A adaptabilidade do procedimento tendo em vista os sujeitos processuais é medida que vai ao encontro do que se almeja por legitimidade da jurisdição, pois imprescindível para se afirmar legitimidade a perquirição do modo de ser da jurisdição. Essa também é a diretriz do formalismo-valorativo enquanto fase metodológica do processo, sem abrir mão da indispensável organização (formalismo) propõe-se a compreensão do processo segundo sua efetividade e funcionalidade (caráter valorativo).

Entretanto, não só pela legitimidade do procedimento se estabelece validamente a jurisdição. Para a temática de tutela do vulnerável processual também é especialmente valioso que a legitimidade seja aferida segundo a efetiva participação no procedimento. Marinoni aponta os contornos dessa característica do procedimento: “A ênfase à participação no procedimento tem o objetivo de legitimar a decisão. A participação deve dar às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os seus resultados”.⁴⁶⁹

A efetiva participação no processo deita raízes na constituição e no regime democrático. Os cidadãos são chamados a participar dos discursos políticos, o que antes era limitado no paradigma de Estado Liberal aos participantes autônomos e privados do mercado e no Estado Social ao “cliente de burocracias” estatais. Desta feita, passam a contribuir para o estabelecimento de “critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes”.⁴⁷⁰ Afinal, para Häberle: “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”.⁴⁷¹ E afirmando sua tese de uma sociedade aberta dos intérpretes da

⁴⁶⁹ MARINONI, Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional, 2007, p. 547.

⁴⁷⁰ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2, 1997, p. 183.

⁴⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 15.

Constituição assinala: “O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”.⁴⁷²

Conforme já assinalado nesta breve pesquisa, o ambiente processual em um Estado Democrático Constitucional deve ser pensado e estruturado de modo a permitir que os participantes do procedimento se vejam como integrantes ativos do corpo social e, como tal, partícipes dos processos decisórios que lhes dizem respeito em todas as instâncias de manifestação de poder. Exercício de cidadania e participação estão de tal forma imbricados que um pressupõe o outro. O processo judicial não pode ser colocado à margem dessa garantia fundamental situada na essência da democracia.

Noutro norte, inadmissível diante dessas premissas que uma das partes consiga emplacar sua pretensão graças à impossibilidade de participação da outra. Isso revelaria um procedimento afeito a arbitrariedades e uma oportunidade para que haja a prevalência da força que não é a do melhor direito. Possibilidade contrária à almejada construção de decisões justas (art. 6º, CPC). Os óbices, sejam de natureza material ou pessoal, devem sempre que possível ser retirados para que a participação no procedimento seja plena e efetiva e, dessarte, conferido à jurisdição a qualidade de legítima.

É preciso pontuar que igual postura, retirada de empecilhos para viabilizar a participação efetiva das partes, deve ser adotada também nos casos em que ambas se mostram vulneráveis na relação processual. Como já destacado, não se trata de zelar pela isonomia, mas de garantir dignidade e exercício de cidadania.

A jurisdição, enquanto instância de poder decisório, exige mais do que um procedimento informado pelo contraditório formal para receber o selo de legítima. Essa secular e inexorável garantia processual reclama compreensão substancial. O direito da parte de ser informada dos atos processuais e ser ouvida no processo (contraditório formal) precisa ser complementado pela possibilidade de influenciar a decisão a ser tomada (contraditório material ou substancial). Em tom de advertência assinala Didier Jr.:

⁴⁷² HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, 1997, p. 15.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o *poder de influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.⁴⁷³

Contraditório substancial, nos termos aqui tomados, é sinônimo de efetiva participação no procedimento. De tal sorte, também nesta perspectiva não se justifica qualquer limitação que coloque um sujeito parcial do processo em situação que lhe retire a possibilidade de efetivamente levar a juízo fatos, provas ou argumentos que julgue conveniente a sustentar sua pretensão. Negar isso a ele é violar a garantia do contraditório.

Para tanto, imprescindível a elaboração de um procedimento adequado, construído com os olhos atentos ao caso concreto, com viés criativo e livre de regras sistêmicas inócuas ou debilitadas, que de resto se ocupariam de perpetuar a vulnerabilidade processual.

4.2 A TUTELA DO VULNERÁVEL A PARTIR DO DISCURSO PRÁTICO-PROCEDIMENTAL DO CASO CONCRETO: O PENSAMENTO TÓPICO-PROBLEMÁTICO NA CONSTRUÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS AFIRMATIVAS

O método sistemático, característico da dogmática, é próprio dos países da tradição romano-germânica da *civil law*. Trata-se de verdadeiro modelo de pensamento em que o juízo de subsunção ocupa destacado espaço. O sistema erigido a partir de codificações tem dentre seus escopos a previsão em abstrato de todas as condutas passíveis de ocorrência na realidade empírica.

A partir do texto legal é elaborada a norma que por dedução é aplicável à resolução do problema.⁴⁷⁴ Noutras palavras, o intérprete realiza a subsunção do problema à

⁴⁷³ DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 2017, p. 92.

⁴⁷⁴ A hermenêutica é colocada em relevo e tida como a verdadeira metódica de pensamento. “Daí um dos pressupostos da hermenêutica do direito ser o caráter *dogmático* de seu ponto de partida. O

norma. Caso a norma não apresente solução para o problema posto é possível afirmar que se está diante de um problema sem contornos jurídicos e, como tal, situado além das fronteiras do Direito.⁴⁷⁵ O pensamento estabelecido a partir de silogismos é fundamental para dar maior aplicabilidade ao sistema. Os dogmas se ocupam da premissa maior, já que “o texto normativo é sempre o *start* para a interpretação”,⁴⁷⁶ os fatos que estão em vista constituem a premissa menor e a conclusão, tomada pela operação de subsunção, seria o tratamento normativo a ser dado ao problema. Segundo Jürgen Habermas: “o processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral”.⁴⁷⁷

É experiência que, ao fim e ao cabo, situa o sistema no centro das preocupações dos operadores do Direito, deixando o problema, cuja solução se persegue, em posição coadjuvante.

A dogmática se revela verdadeiro modelo, gozando da segurança de que, sendo assim, é passível de verificação científica.⁴⁷⁸ Não obstante, não está indene a críticas. A primeira delas se refere à ousadia que é própria dos sistemas codificados. O objetivo de prever no plano do enunciado todas as possíveis condutas humanas geradoras de conflitos sociais tidos por relevantes, segundo juízos arbitrários do legislador, é circunstância impossível de ser alcançada como há muito tempo se

dogma inicial pode ser colocado em diferentes níveis, hierarquizados ou não. Por exemplo, parte-se da norma positiva, vista como dogma, mas também podemos questioná-la do ponto de vista da sua justiça, caso em que uma concepção de justiça passa a ser o novo ponto de partida; ou podemos questioná-la do ângulo da sua efetividade, caso em que a possibilidade de produção de efeitos passa a ser o ângulo diretor e o ponto de partida do postulado; ou podemos ainda reconhecer pontos de partida pluridimensionais, compatíveis entre si. O importante é que a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 72-73).

⁴⁷⁵ “Assim, o modo de pensar sistemático baseia-se na ideia de totalidade. Nele, a concepção de um sistema é primária e segue sendo predominante. Do ponto de vista do sistema preconcebido, os problemas são então selecionados: os que são incompatíveis com a sua estrutura são rechaçados e agrupados como problemas mal colocados ou falsos problemas”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 353).

⁴⁷⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139.

⁴⁷⁷ HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 1997, p. 271.

⁴⁷⁸ Tércio Sampaio Ferraz Júnior elaborando o caráter científico do Direito assinala que a existência de um modelo é fundamental para compreensão de uma Ciência do Direito. Nomina três modelos: o analítico, o hermenêutico e o empírico. Apresentam a função *heurística* que “está ligada à invenção e construção de hipóteses, tendo em vista a descoberta de novos fatos e situações” como ponto comum. (FERRAZ JÚNIOR, *A ciência do direito*, 1980, p. 106).

sabe. Outra crítica atribuída à dogmática está relacionada àquilo que seria a sua maior virtude. A segurança jurídica, assim entendida como juízo de previsibilidade de resultados,⁴⁷⁹ tem o seu fio condutor na interpretação que se lança mão para se elaborar a norma aplicável ao caso. Todavia, a interpretação não é um processo puramente racional e a salvo de impressões arbitrárias do intérprete.⁴⁸⁰ Ao revés, é impregnada pelo intérprete com doses de sua “compreensão de mundo” e, assim, por efeito, a norma passa a ser ocasional, isto é, fruto de impressões absolutamente circunstanciais.⁴⁸¹ Não há como permanecer de pé a segurança, pelo menos não no ideal em que foi almejada.

Voltando ao ponto da impossibilidade de se prever em escala normativa todos os conflitos que reclamariam tratamento jurídico é necessário lembrar a previsão do art. 4º da LINDB,⁴⁸² e art. 140, CPC,⁴⁸³ dispositivos cujo teor revela a constatação dessa incoerência sistêmica. Admite-se, pois, a possibilidade de existirem lacunas. No ponto há o reconhecimento pelo próprio sistema de sua falibilidade e a necessidade de sua complementação por outra via, caso contrário o sistema ruiria diante de uma *aporia*.⁴⁸⁴ Se o método lógico-dedutivo, próprio da dogmática, não é o suficiente, a

⁴⁷⁹ “O conhecimento clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas, por exemplo, por Lon Fuller, exige uma estrutura de regras que ultrapassa um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocadamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios”. (HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 1997, p. 273).

⁴⁸⁰ “Em face da inexistência de um ‘método fundamental, meta-método ou meta-critério’ que sirva como ‘fundamento último’ (espécie de reprimenda do *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) de todo o processo hermenêutico-interpretativo, o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad-hoc*, discricionárias”. (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. *Revista da Faculdade Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008, p. 140).

⁴⁸¹ Eduardo Bittar ao traçar o desencontro da interpretação com a “intenção textual” registra as influências recebidas no processo de interpretação: “Assume-se, portanto, que: a) o texto é o lugar da interpretação; b) a interpretação do texto escrito deve estar cercada de cuidados necessários para a diferenciação do que é oralidade e do que é literalidade; c) a interpretação é fonte de sentido jurídico; d) as injunções sociais, históricas, econômicas, culturais, políticas, psicológicas, técnicas... estão todas presentes em cada momento interpretativo; e) a dinâmica jurídica se faz no acompanhamento das instâncias sociais e com a reconstrução diuturna dos sentidos jurídicos”. (BITTAR, *Linguagem jurídica*, 2001, p. 119).

⁴⁸² “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁴⁸³ “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

⁴⁸⁴ “O termo *aporia* serve, propriamente, para designar a questão que se coloca e a qual não se esclarece, a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não pode ser apresentada em parte e que Boezio traduziu, ainda que não precisamente, com a palavra *dubitatio*”. (VIEHWEG, *Tópica e*

proposição é a adoção de uma técnica de pensamento inverso, um modelo indutivo, necessariamente criativo, e que tem seu ponto de partida e de chegada no problema apresentado.⁴⁸⁵ Essa é a base sobre qual está arquitetado o modo de pensar tópico-problemático. Servindo de metódica, inclusive, a ser observada no emprego de analogia e equidade, conforme ordenado pelo texto legal.

A tópica como uma “técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica”⁴⁸⁶ tem como pressuposto a premissa de que o Direito e, particularmente àquilo que nos serve nessa pesquisa, o processo, é necessariamente dialético e a arte retórica, pois, ferramenta essencial de trabalho para o operador.

Tem-se, portanto, “dois tipos fundamentais de pensamento: pensamento problemático e sistemático”.⁴⁸⁷ A diferença entre eles, como dito, está na “precedência concedida, ou ao problema, ou ao sistema no próprio processo de pensar”.⁴⁸⁸

Não tem a tópica a pretensão de se estabelecer como método, isto é, se apresentar “como um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas”.⁴⁸⁹ Aliás, o modelo seria de todo incompatível com a tópica, que parte de conhecimentos fragmentários⁴⁹⁰ para construção de uma *verdade dialética*.⁴⁹¹ Inclusive, ser assistemática dá a tópica maior possibilidade de produção de efeitos persuasivos de argumentação.⁴⁹²

Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos, 2008, p. 33). Destaques no original.

⁴⁸⁵ “É um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar”. (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 357). Sobre a necessidade de adoção de uma outra técnica anota Perelman: “A percepção de uma lacuna na lei significa claramente que, para o juiz, a solução não poderá ser obtida por dedução, a partir do texto legal. Se ele tiver, não obstante, de preencher a lacuna, motivando ao mesmo tempo sua decisão, só poderá fazê-lo recorrendo a formas de raciocínio diferentes das da lógica formal”. (PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 63).

⁴⁸⁶ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 16.

⁴⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 353.

⁴⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 353.

⁴⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 357.

⁴⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 357.

⁴⁹¹ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 14 (no prólogo à edição brasileira).

⁴⁹² FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 358. Michel Foucault anota: “Primeiramente, a elaboração do que se poderia chamar formas racionais da prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas observar, que

Ademais, mister advertir que o mais importante no pensamento tópico é a busca de premissas (*ars inveniendi*) e não a conclusão.⁴⁹³

Acerca do pensamento de Theodor Viehweg, assenta a professora Lacombe Camargo:

Viehweg vê, atualmente, uma nova posição do jurista, a quem não cabe mais entender o direito como algo que se limita a aceitar, mas sim como algo que ele constrói de maneira responsável. Logo acredita ser preciso desenvolver um estilo especial de busca de premissas que, com o apoio em pontos de vista aprovados, seja inventivo, menosprezando reduções lógicas que nos levam a generalizações incapazes de entender e muito menos de resolver os problemas adequadamente.⁴⁹⁴

Identificado o problema “buscam-se as premissas que sejam adequadas e profícuas no mérito que permitam levar a consequências idôneas e que apresentem alguma coisa esclarecedora”.⁴⁹⁵ Essas premissas têm função de orientação e são compreendidas como fios condutores do pensamento.⁴⁹⁶ A esse proceder Viehweg dá o nome de tópica de primeiro grau e aquelas premissas, consideradas pontos de vista referidos, “são chamados *loci, topoi* ou lugares-comuns e constituem pontos de partida de séries argumentativas em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida”.⁴⁹⁷

Esse modo de proceder gera incerteza, razão pela qual se mostra natural a busca por um apoio, uma base de sustentação para o pensamento que o coloque em linhas mais ou menos delimitadas. Esse apoio é dado por um *repertório de pontos de vista já disponíveis*, isto é, por um catálogo de *topoi*. O procedimento que se

regras aplicar. São elas, a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos. Em segundo lugar e mantendo uma relação com as formas anteriores desenvolve-se uma arte de persuadir, de convencer as pessoas da verdade do que se diz, de obter a vitória para a verdade ou, ainda pela verdade. Tem-se aqui o problema da retórica grega”. (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013. p. 58).

⁴⁹³ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 358.

⁴⁹⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 157.

⁴⁹⁵ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 37.

⁴⁹⁶ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 40.

⁴⁹⁷ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 357.

serve desses catálogos é chamado tópica de segundo grau.⁴⁹⁸ Uma advertência necessária: os catálogos de *topoi* não apresentam caráter vinculativo e qualquer tentativa de dedução sistemática dos *topoi* é uma impossibilidade.⁴⁹⁹

Quanto ao discurso judicial Tércio Sampaio Ferraz Júnior assinala que, em geral, se dá como “discussão-contra”. Com isso quer o autor salientar a natureza conflitante das posturas levadas a efeito pelas partes processuais, que de acordo com suas respectivas pretensões, formulam argumentos que serão julgados pelo receptor como aceitáveis ou inaceitáveis.⁵⁰⁰

Ademais, destaca o referido professor, que é discípulo de Viehweg, que a tópica merece ser classificada em material e formal. “Tópica material” seria aquela que confere às partes um repertório de pontos de vista que elas podem fazer uso, repercutindo o que já estava preestabelecido ou mesmo criando outros, para fins de “persuadir (ou dissuadir) o receptor de sua ação linguística”.⁵⁰¹ “Tópica formal”, por sua vez, guarda referência à linguagem jurídica, característica do *campo jurídico* como versado por Bourdieu em obra já referenciada. É essa linguagem que assegura um “controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio”.⁵⁰² São, por assim dizer, “regras técnicas do diálogo jurídico”.⁵⁰³

⁴⁹⁸ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 37.

⁴⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2018, p. 358.

⁵⁰⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 74.

⁵⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 1997, p. 81. Exemplifica o autor: “O discurso do juiz é guiado por ‘topoi materiais’ como ‘neutralidade’, ‘serenidade’, ‘imparcialidade acima das injunções do caso concreto’, ‘respeitabilidade’, ‘dignidade’, ‘imunidade à crítica (que só pode ocorrer dentro do discurso e não fora dele) etc. Advogados, procuradores, apresentam-se, por seu lado, como ‘defensores do interesse público’, ‘intérpretes autorizados do Direito e da lei’, ‘responsáveis pelo exercício do direito de defesa ou de conflito’ etc”. Mais adiante, assinala *topoi* materiais em relação as partes: “‘ser indefesa’, ‘acreditar na justiça’, ‘não pedir mais do que lhe é devido’ etc”. (FERRAZ JÚNIOR, *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 1997, p. 83). Em caso de insucesso na afirmação de sua pretensão em juízo a parte adota outros *topoi*: “vítimas das circunstâncias”, “injustiçadas”, “enganadas” etc. (FERRAZ JÚNIOR, *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 1997, p. 85).

⁵⁰² FERRAZ JÚNIOR, *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 1997, p. 85.

⁵⁰³ FERRAZ JÚNIOR, *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 1997, p. 85.

Outro fator que se destaca é a correlação entre o modelo dogmático-sistêmico e a técnica de pensamento tópico-problemática. Além de poder servir a tópica de técnica complementar, a se lançar mão quando falível o sistema no tratamento do problema posto, os dogmas servem, ainda que indiretamente,⁵⁰⁴ a informar a tópica estabelecendo parâmetros de aceitabilidade. Os dogmas estabelecidos em textos normativos influenciam diretamente os argumentos comuns ou amplamente aceitos, argumentos esses sobre os quais se propõe edificar a base retórica que apresentará, ao final, resposta ao problema posto. Trata-se do emprego de metalinguagem⁵⁰⁵ sobre os *lugares-comuns* (conforme anotado por Viehweg) limitados pela própria acepção linguística dos dogmas. Caso contrário, na ausência de limites, o pensamento problemático poderia se ver envolto de um vale tudo para responder o problema, o que se revelaria absolutamente inadequado.

Viehweg anota que a jurisprudência está a serviço da aporia justa a tal ponto que “se não se apresentasse esta eterna questão acerca da justa composição de interesses e da retidão humana, faltaria o pressuposto de uma jurisprudência no sentido próprio”.⁵⁰⁶ Apresenta, passo seguinte, de forma estrutural a imbricação de jurisprudência e tópica:

- (1) A estrutura geral da Jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema.
- (2) As partes integrantes da Jurisprudência, seus conceitos e suas proposições têm de permanecer vinculadas de um modo específico com o problema e só podem ser compreendidas a partir dele.
- (3) Os conceitos e as proposições da Jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra é preciso ser evitada.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Os dogmas influenciam diretamente a formação das opiniões comuns, ou seja, dos pontos de vista largamente compartilhados.

⁵⁰⁵ Acerca da função metalinguística: “Essa função usa a linguagem para falar da própria linguagem. A poesia que fala da poesia, da sua função, do poeta, um texto que comenta outro texto. Um bom exemplo dessa função são os verbetes de dicionários -, palavras que explicam o significado de outras palavras etc.”. (SOUZA, Anderson Chalita Elísio de; FETZNER, Néli Luiza Cavaliéri; PALADINO, Valquiria da Cunha et al. (Orgs.). *Argumentação jurídica: teoria e prática*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. p. 65.).

⁵⁰⁶ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 96.

⁵⁰⁷ VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 97. E prossegue o autor: “Justificado que a Jurisprudência tem de ser concebida como uma permanente discussão de problemas e que, portanto, sua estrutura geral tem de ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista para sua solução, resulta que seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados de modo especial com o problema”. (VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 100).

Ainda, noutras palavras, enquanto o pensamento dedutivo-sistemático tem por proposta um desenvolvimento “não-situativo”,⁵⁰⁸ isto é, desvinculado do problema apresentado, e que dá ênfase à sintaxe e à semântica, a tópica se ocupa do pensamento “situativo” e, pela própria natureza circunstancial, não prescinde de um maior esforço pragmático.⁵⁰⁹ A relação com a jurisprudência é marcante, haja vista que “o direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas”.⁵¹⁰

Em reforço é importante anotar que a superação do paradigma interpretativo para a consagração da argumentação jurídica também vem a calhar.⁵¹¹ O retorno à retórica, com o gradativo desgaste do positivismo, favorece o pensar problematizado.⁵¹²

Retornando ao assunto das lacunas no sistema dogmático, vale colher o que assenta Perelman em sua intitulada “nova retórica”. O ex-professor da Universidade de Bruxelas, crítico do reducionismo promovido no Direito pela escola exegetica, destaca três espécies de lacunas: *intra legem*, *praeter legem* e *contra legem*.⁵¹³

⁵⁰⁸ “A forma não-situativa de pensar proporciona, em todo caso, comodismo intelectual”. (VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 111).

⁵⁰⁹ “Pode-se asseverar, que atualmente, a prática do pensamento comum prefere, em geral, o aspecto sintático-semântico. Compreende-se, a sintaxe com o auxílio da semântica, enquanto a pragmática apenas se compreende circunstancialmente, em torno do ajustar discrepâncias existentes”. (VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 2008, p. 110).

⁵¹⁰ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 115.

⁵¹¹ Sobre o paradigma argumentativo ter abarcado a hermenêutica conferir: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Hermenêutica e argumentação*. Conferência ministrada na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Curso de Hermenêutica Jurídica, realizada em Porto Alegre, em 20 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁵¹² “Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. E nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e a tópica jurídica”. (PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 117).

⁵¹³ “A lacuna *intra legem* é uma lacuna resultante de uma omissão do legislador, quando, por exemplo, a lei prescreve a elaboração de dispositivos complementares que não foram promulgados”. “Na maioria dos casos as lacunas são criadas pelos intérpretes que, por uma ou outra razão, pretendem que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente, que afirmam a existência de uma lacuna axiológica, ou seja, de uma lacuna *praeter legem*”. “Finalmente, os casos mais flagrantes são aqueles em que intérpretes, desejando evitar a

Anota que os partidários da interpretação estrita da lei só admitem a primeira espécie e delegam à doutrina e jurisprudência a tarefa de se esforçarem para esclarecer com a maior amplitude possível os termos empregados pela lei. Não obstante, os defensores da interpretação teleológica, funcional e sociológica vão buscar na doutrina e na jurisprudência os elementos suficientes para promover a emancipação do juiz e seu livramento da tutela do legislador.⁵¹⁴

A visão funcional do Direito, empreendida a partir do fim do séc. XIX pela escola de Savigny a partir dos estudos do Direito Romano promovidos por Ihering, promoveu uma mudança gradativa. A percepção de que o legislador, para tutelar valores eleitos, criava regras de conduta prevendo o que seria permitido, obrigatório ou proibido, levou à compreensão de que “o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto a intenção que guiou sua redação” e, por conseguinte, foi atribuído um maior valor ao fim perseguido do que a letra da lei.⁵¹⁵

Nesse sentido é que, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, deve o intérprete considerar tanto a elocução quanto a ilocução de um texto legal. O professor exemplifica com o caso do reconhecimento da união estável homoafetiva. A locução do art. 226, § 3º, CRFB/88 não deixa margem a dúvida de que a união estável se dá entre homem e mulher. Não obstante, assinala Ferraz Júnior, que a ilocução presente no texto é a tutela do ser humano (*intentio legis*⁵¹⁶). Desta feita, é possível compreender na norma o reconhecimento estatal de uniões homoafetivas, porquanto, assim se cumprirá o mesmo desiderato legal, qual seja, proteção estatal conferida ao ser humano.⁵¹⁷

Retomando Perelman vale registrar o exemplo elaborado para ilustrar a interpretação funcional do Direito:

aplicação da lei, em dada espécie, restringem-lhe o alcance introduzindo um princípio geral que a limita e criam assim uma lacuna *contra legem*, que vai de encontro às disposições expressas da lei”. (PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 66-68).

⁵¹⁴ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 68-69.

⁵¹⁵ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 70-71.

⁵¹⁶ “O texto normativo pode ser dito um produto autônomo, que ganha vida com sua exteriorização e formalização (promulgação), de modo que o que releva é que se tome o texto jurídico em sua objetividade ontológica”. (BITTAR, *Linguagem jurídica*, 2001, p. 114).

⁵¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, *Hermenêutica e argumentação*, 2013.

Suponhamos que um agente de polícia esteja postado a entrada do parque para fazer que se observe o regulamento municipal. Deveria impedir a entrada de uma ambulância que veio buscar a vítima de um acidente cardíaco, ou mesmo a de um táxi chamado para levar ao hospital uma criança que houvesse quebrado a perna numa queda desastrada? Deverá impedir a entrada de um carro de serviço encarregado de recolher as folhas e os galhos quebrados pelo vento?⁵¹⁸

Nesses casos, conclui o autor, é fácil admitir uma exceção ao que no regulamento está escrito. A considerar a razão motivadora da edição do regulamento, salvaguardar a tranquilidade de um lugar em que crianças possam brincar e adultos passearem sem preocupação com o tráfego de veículos e eventuais acidentes, a proibição deve ser afastada para que se possa permitir a salvaguarda de bens maiores. Vida, integridade física e até mesmo a prestação de serviço com viés de conservação do local para que continue cumprindo sua finalidade.⁵¹⁹

Enfim, acerca da interpretação funcional do Direito parecem imperdíveis as palavras de Eduardo Bittar, literalmente:

Assim, declarar a falta de funcionalidade da interpretação é negar a própria prática da *juridicidade*. Pelo contrário, ela se movimenta, ocorre, opera, operacionaliza, instrumentaliza, funciona, carreando consigo múltiplas exigências, dentre as quais se destaca uma delas, a principal, a de que se realize.⁵²⁰

Com isso, lembra o autor que a razão de ser de qualquer sistema é que ele funcione. E disso compreendemos que o sistema não pode ser fechado com um fim em si mesmo. Deve ser, ao contrário, funcionalizado, isto é, posto a cumprir uma função. Mirar um fim situado fora do próprio sistema e ser colocado a persegui-lo.

Por outro lado, no primeiro plano das preocupações quanto à construção da solução adequada para o problema através da adoção de uma proposta tópica de elaboração do pensamento está a questão da segurança jurídica. Afinal, é possível afirmar que essa segurança “que confere a capacidade jurídica de prever, de modo praticamente satisfatório, as reações daqueles que estão encarregados de dizer o

⁵¹⁸ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 73.

⁵¹⁹ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 73.

⁵²⁰ BITTAR, *Linguagem jurídica*, 2001, p. 158.

direito” constitui valor fundamental admitido por todos os juristas.⁵²¹ Aqueles que se esmeram no pensamento dedutivo, fruto da concepção sistêmica, e rechaçam a formulação tópico-problemática para responder a problemas, se apegam ao texto legal e a hermenêutica como salvaguardas da segurança jurídica. Todavia, a insegurança é realidade que permeia o Direito,⁵²² porquanto “onde há textos e sujeitos envolvidos, dessa interação só pode resultar uma complexa atividade de constante construção do sentido jurídico”,⁵²³ isto é, desta atividade é que se constrói a *juridicidade*.⁵²⁴

Outrossim, não pode servir a segurança jurídica à inaplicabilidade do sistema jurídico. Enquanto a segurança é valor fundamental, a aplicabilidade é pressuposto de existência do próprio sistema. Acredita-se, nessa vereda, que ao jurista não é dado fechar o sistema jurídico – e com isso se quer dizer um sistema, por exemplo, sem preocupações quanto a seu funcionamento junto ao corpo social –⁵²⁵ apenas para conservar a segurança jurídica por mais valiosa que seja.⁵²⁶

João Batista Herkenhoff anota outro importante ponto. Se segurança jurídica e justiça forem encontradas em rota de colisão “jamais se poderá, em nome da segurança, consagrar a injustiça ou justificar a sentença contrária ao bem comum”.⁵²⁷

⁵²¹ PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 115.

⁵²² “A plurissignificação de normas jurídicas, por si só, conforme Kelsen demonstrou, toma o ideal da segurança jurídica realizável apenas aproximativamente”. (HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. 8 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112).

⁵²³ BITTAR, *Linguagem jurídica*, 2001, p. XVIII-XIX (apresentação).

⁵²⁴ “Entendida como manifestação fenomênica do Direito em todos os espectros, abrangidas sua *axiologia*, sua *teleologia*, sua *deonticidade*, bem como sua *diacronicidade* e sua *sincronicidade sistêmica*”. (BITTAR, *Linguagem jurídica*, 2001, p. XVIII (apresentação). Grifos no original.

⁵²⁵ “É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo”. (PERELMAN, *Lógica jurídica: nova retórica*, 1998, p. 115.).

⁵²⁶ “Problematizar, conforme Antônio Alberto Machado (2009, *passim*), significa a possibilidade de romper o pragmatismo decorrente do ensino tecnicista infenso à percepção da direção das correntes de transformações, e dos protagonismos que as impulsionam, constituindo-se este processo, no tocante à pesquisa, o meio para a superação da distância que separa o conhecimento do Direito de sua realidade social, política e moral, espécie de ponte sobre o futuro, através da qual transitem os elementos para a estruturação de novos modos de conhecer a realidade do Direito. Trata-se de um trabalho crítico e consciente apto a afastar o jurista das determinações das ideologias jurídicas, quebrar a unidade do mundo e do pensamento jurídico constituídos nestas ideologias. Romper, em suma, com a estrutura de um pensamento abstrato convertido em concepção jurídica do mundo, por isto, ideologia jurídica, inapto para captar a complexidade e as mutações das realidades sociais e políticas”. (SOUSA JÚNIOR, *O Direito achado na rua*, 2015, p. 28-29).

⁵²⁷ HERKENHOFF, *Como aplicar o direito*, 2002, p. 112.

Não se desconhece a crítica às teorias discursivas consignada por Lênio Streck, para quem o traço de discricionariedade permanece vivo já que não há evidência científica “de que o intérprete ponderador tenha superado o solipsismo que caracteriza o sujeito da filosofia da consciência”. Recusa o autor a ideia de que a interpretação no atual cenário jurídico vivenciado se reduziria a colocar “capas de sentido” no texto jurídico. Fazendo referência a Gadamer, sustenta que hermenêutica e retórica partilham o terreno dos argumentos persuasivos e não apenas “logicamente concludentes”, chegando a afirmar que “no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução”.⁵²⁸

Não obstante, noutra norte Michel Foucault assinala a rivalidade assumida entre filósofos e retóricos. Registra o preconceito que aqueles nutrem em relação a estes e pontua a necessidade de retomada da retórica:

No fundo, há grande oposição entre o retórico e o filósofo – o desprezo que o filósofo, o homem da verdade, o homem do saber, sempre teve por aquele que não passava de orador, o retórico, o homem de discurso, de opinião, aquele que procura efeitos, aquele que procura vitória – esta ruptura entre filosófica e retórica parece caracterizar o que se passou no tempo de Platão. E o problema é de reintroduzir a retórica, o orador, a luta do discurso no interior do campo da análise, não para fazer como os linguistas, uma análise sistemática de procedimentos retóricos, mas para estudar o discurso, mesmo o discurso de verdade, como procedimentos retóricos, maneiras de vencer, de produzir acontecimentos, de produzir decisões, de produzir batalhas, de produzir vitórias. Para reteorizar a filosofia.⁵²⁹

De imediato questionado se devemos *destruir a vontade de verdade*, o renomado filósofo da Universidade de Paris responde afirmativamente.⁵³⁰

Uma premissa que vale destacar, e aqui tendo em mente o que se sustenta a título de raciocínio problematizado e a posição registrada por Streck, é a que o arquétipo dedutivo de elaboração do pensamento não é capaz de responder satisfatoriamente os problemas que são apresentados. É técnica que se mostra muito aquém das exigências que são impostas a um sistema jurídico, dada a fragilidade revelada por sua incompletude. Quanto à discricionariedade é preciso considerar a

⁵²⁸ STRECK, *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista*, 2008, p. 142.

⁵²⁹ FOUCAULT, *A verdade e as formas jurídicas*, 2013, p. 137-138.

⁵³⁰ FOUCAULT, *A verdade e as formas jurídicas*, 2013, p. 138.

impossibilidade por completo de sua eliminação, afinal é tema que remete ao próprio emprego da linguagem e que traz consigo questões semânticas e pragmáticas inarredáveis, discricionárias, pois, por natureza. Não obstante, o procedimento tópico desenvolvido dialeticamente mostra-se capaz de reduzir a discricionariedade do operador do Direito. Afinal, suas premissas poderão ser contrastadas e não tomadas no silêncio e isolamento de sua convicção, o que aconteceria a se admitir um proceder não dialético.

Tendo como ponto de partida o que aqui foi assinalado parece possível avançar para firmar que o pensamento tópico-problemático, mais do que o meramente dedutivo a partir de codificação, revela maior probabilidade de se construir uma decisão ajustada. Se o produto (decisão) não chega a ser inteiramente personalizado, o caminho parece melhor pavimentado para uma decisão adequada ao caso concreto. E é justamente sobre o caminho – enquanto conjunto de atos que formam o procedimento em contraditório chamado processo – que se voltará a atenção. A razão é singela e “para chegar a ela, não são necessárias profundas elucubrações filosóficas. Nem mesmo precisamos saber, para tanto, de onde viemos e para onde vamos”,⁵³¹ pois se o pensamento tópico deve ser aplicado para decidir, com ainda mais ênfase deve ser adotado na construção da decisão.

Alinhado ao que foi dito alhures, o pensamento problemático deve servir à legitimação da jurisdição pelo procedimento e pela efetiva participação do vulnerável. Neste ensejo, deve a tópica contribuir para fazer do processo esse ambiente adequado ao quadrante processual do formalismo-valorativo e proporcionar aquilo que dele se espera desde as prescrições constitucionais, espaço de experimentação de dignidade e de efetivo exercício de cidadania.

A retomada em tempos atuais do pensamento tópico foi impulsionada pelo Código de Processo Civil de 2015. Consoante já destacado o atual CPC apostou em ambiente processual dialético, com simetria de participação dos sujeitos processuais na construção da decisão. O princípio da cooperação (art. 6º, CPC), que remete à ideia de processo como verdadeira comunidade de trabalho, e seus reflexos no

⁵³¹ BEDAQUE, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, 2016, p. 13.

procedimento, como a proibição de decisão surpresa (art. 9º, CPC), o saneamento compartilhado (art. 357, CPC), o novo paradigma de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º, CPC), a cláusula geral de sanabilidade (art. 932, parágrafo único, CPC), além de servir de inspiração para definição deveres-poderes do juiz (art. 139, CPC), dentre outros, não apenas favorece, mas recomenda a adoção da tópica. Trata-se, nada mais, da adoção de uma metódica que valoriza a dialeticidade em um processo que se propõe especialmente dialético.

Neste ensejo, não se pode tolher do operador do processo civil a criatividade (*ars inveniendi*) que se fizer necessária para dotar de efeitos práticos normas fundamentais de processo. Decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC), paridade de armas (art. 7º, CPC), dignidade da pessoa humana, bem comum, fins sociais e eficiência (art. 8º, CPC) são vetores não só de interpretação, mas de ordenação e disciplina do processo (art. 1º, CPC).

A demanda por soluções criativas aos problemas apresentados na relação processual, mormente pela condição de vulnerabilidade da parte, é uma constante. Nesse compasso, a elaboração de relação processual que visa ao final uma decisão adjudicada deve ser pautada em normas e valores fundamentais expressamente consignadas no código e na CRFB/88, portanto em premissas de cidadania, e na promoção de um ambiente que se legitima pelo próprio procedimento e pela efetiva participação, como acima consignado. Constituem essas premissas verdadeiros *topoi* para edificação do pensamento problematizado destinado a apresentar respostas eficazes aos possíveis problemas encontrados pelo vulnerável na relação processual que lhe impeça de exercer, em toda sua potencialidade, direitos e faculdades processuais.

Um exemplo de aplicação do que aqui se tem sustentado. Prevê o art. 465, § 1º, II, CPC, que em caso de realização de prova pericial as partes poderão indicar assistente técnico. O art. 473, § 3º, CPC, dá os contornos das prerrogativas do assistente técnico para o exercício de seu mister e o art. 475, CPC, prevê a possibilidade de atuação de mais de um assistente nos casos de perícias complexas, assim consideradas as que envolvem mais de uma área de conhecimento especializado. Importante notar a amplitude dos poderes a ele

conferidos, inclusive, neste ponto, equiparando-o ao perito. Com efeito, as partes processuais que são coadjuvadas por assistente técnico, indubitavelmente possuem maior capacidade retórica e, desta feita, maiores chances de influenciar, segundo sua pretensão, a conclusão do juiz.

Sobre o custeio de peritos e assistentes técnicos disciplina o art. 95, *caput*, CPC, que cada parte arcará com os honorários do assistente técnico que indicar e a remuneração do perito é de responsabilidade integral da parte que requereu a perícia, ou rateada, nos casos de requerimento de perícia por ambas as partes ou se determinada de ofício pelo juiz.

A questão que merece ser enfrentada é a de figurar na relação processual parte hipossuficiente. Atento a essa circunstância o legislador do código dedicou o § 3º do art. 95 para cuidar da hipótese. Ali está consignado que nesse caso os honorários do perito serão custeados com verba pública. Agiu bem o legislador, tendo em vista que com tal previsão deixa absolutamente claro que a insuficiência de recursos financeiros não pode ser fator capaz de tolher da parte o direito de produzir material probatório que julgar apto a sustentar sua pretensão.

Todavia, a mesma atenção não foi dada ao caso dos assistentes técnicos. Explico. Considerada a disciplina expressa do código o hipossuficiente não poderá contar com esse profissional coadjuvando sua atuação. Repisa-se, a previsão de custeio com verba pública é dos honorários periciais.

Tendo em vista a ausência de atuação de assistente técnico em casos, por óbvio, que justificariam essa atuação pela especialidade da prova a ser produzida, duas possibilidades podem ser consideradas.

A primeira quando se tem parte hipossuficiente em apenas um dos polos da relação processual. Nessa hipótese, de um lado uma parte poderá contar com assistente técnico, pois dispõe de recursos financeiros para isso, e de outro uma parte desassistida desse profissional. Nesse cenário, inexoravelmente, a parte que conta com assistente técnico terá maiores chances de influenciar, segundo sua pretensão, o convencimento do juiz e, desta feita, ao final obter decisão que lhe é favorável. A

situação posta revela chapada inobservância do disposto no art. 7º, CPC, haja vista a clara disparidade de armas entre as partes. Norma fundamental que, ademais, uma vez descumprida contamina o processo com severos prejuízos para o ideal, aqui recorrentemente destacado, de ser esse ambiente para o exercício de direitos fundamentais de cidadania e dignidade.

O hipossuficiente se vê privado de estabelecer um debate equilibrado e no mesmo nível colocado pela contraparte, situação que por si só é suficiente para que lhe seja retirada a dignidade na relação processual. No mesmo sentido, se não tem a mesma capacidade de influir nos rumos decisórios de um processo por ele levado a efeito ou contra ele direcionado, é possível afirmar que lhe é retirada parcela de cidadania, haja vista o escopo político da jurisdição, segundo o qual a todos deve ser dado participar ativamente, nos atos mais mezinhos, da configuração política da sociedade. Característica intrínseca a membro do corpo social.

A segunda possibilidade a ser considerada é o litígio em que ambas as partes são hipossuficientes. Circunstância nada incomum, haja vista que as relações patrimoniais de pessoa de poucos recursos financeiros, a salvo relações de consumo, são, em regra, travadas com pessoa também de poucos recursos. Nessa hipótese não há de se falar em desequilíbrio do debate, uma vez que nesse aspecto não haverá disparidade de armas. Todavia, a situação não nos parece bem resolvida sob o prisma da efetividade das normas fundamentais de processo que aqui se tem veiculado e daquilo que se espera de uma jurisdição legítima.

Sob o parâmetro da isonomia nada há de ser considerado, porquanto está preservada. De outra sorte, é justamente considerando situações como essa, em que ambas as partes se apresentam vulneráveis na relação, é que não se adotou neste arrazoado a isonomia como princípio fundamental para enfrentamento da vulnerabilidade e, por conseguinte, de promoção de um processo verdadeiramente democrático e condizente com o atual módulo processual. Parece ser a isonomia, sintetizada na previsão de paridade de armas, insuficiente para configurar o processo adequado ao vulnerável no paradigma do Estado Constitucional de Direito,

haja vista seu limitado alcance.⁵³² E, nessa esteira, não deve o juiz cingir-se a zelar pela igualdade de tratamento entre os litigantes (arts. 7º e 139, I, CPC). É preciso ir muito além. Tem o dever de assegurar um processo mediante o qual se vivencia dignidade e se experimenta cidadania, garantindo, como já dito em mais de uma passagem, que as partes possam se reconhecer na relação processual.⁵³³

Ademais, imperioso garantir uma decisão justa. Essa, por sua vez, é mais factível em um cenário de amplo debate de forças equivalentes. As intervenções de assistentes técnicos servem a um maior grau de maturidade na elucidação dos fatos revelados pela prova, qualificando o debate ao viabilizar um aprofundamento em questões que exigem conhecimento especializado e por vezes estranhas aos atores que compõem o esquema processual mínimo. É a elucidação das circunstâncias que envolvem a causa o fim almejado. Desta feita, ganha o processo.

O debate poderia ser travado em face de argumentos que versem sobre o custeio da remuneração dos assistentes técnicos em ambos os casos. Afinal, se no primeiro caso a perícia for requerida pelo hipossuficiente ou determinada de ofício pelo juiz já haveria o custeio com verba pública dos honorários periciais. A essa rubrica seria somada a remuneração de assistente técnico para o hipossuficiente. Na segunda hipótese, pelo menos três profissionais especializados seriam custeados pelo Estado. Um perito e dois assistentes técnicos, um para cada parte.

O dispêndio de recursos públicos aumentaria significativamente. E, por outro lado, sabe-se que não há, de fato, completa gratuidade quando se faz uso de recursos do erário. A conta é, em certa medida, rateada por todos. A disciplina do custeio da atividade desempenhada pelo assistente poderia seguir a sistemática já estabelecida para o perito, disciplinada no art. 95, § 3º, CPC.

⁵³² Na primeira situação tratada, em que apenas uma das partes reúne possibilidades de contar com assistente técnico, bastaria, a título de observar isonomia, que o juiz vedasse a atuação do assistente para a parte que dele poderia dispor. Solução, a nosso ver, que não deve ser aceita, pois vai de encontro ao módulo processual segundo o qual se busca promover potencialização do exercício de direitos e prerrogativas processuais, não restringi-los. Além de também ir na contramão do que se objetiva com a produção da prova, o esclarecimento de fatos para maior maturação da decisão a ser proferida.

⁵³³ Vide tópico 2.1.

Diagnosticado o problema e estabelecido o *topoi* mister, passo seguinte, dar a resposta que melhor se apresenta como solução. Nesse cenário, acenamos para a possibilidade do hipossuficiente contar com a atuação de assistente técnico. Não se pode olvidar que uma República que tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88) deve, naturalmente, adotar políticas distributivas. Afinal, conforme já anotado em outro momento desta pesquisa, solidariedade não se harmoniza com exclusão, ao contrário, requer a adoção de práticas inclusivas. O argumento do custeio deve ceder, na questão posta, em favor dos outros, pois estes parecem ocupar posição de sobranceria.

Desse modo, a fim de promover uma potente relação processual, capaz de propiciar um adequado acesso à justiça pelo vulnerável, é preciso permitir que o hipossuficiente goze de assistência técnica em caso de produção de prova pericial.

O pensamento problematizado pode servir ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, consagrando-se como valiosa técnica de pensamento a ser empregada em favor de um processo mais adequado ao vulnerável. São imprevisíveis os limites do universo de seu emprego, haja vista as infindáveis exigências que podem advir dos casos considerados *in concreto*. Identificada situação processual que vulnera um dos sujeitos parciais do processo, ou ambos, deve imediatamente ser combatida com a construção da resposta adequada ao problema. Seja em questões atinentes à postulação, fixação de prazos ou produção de provas. Com efeito, custo da atividade jurisdicional, rigidez procedimental, segurança jurídica, inércia ou imparcialidade do juiz não parecem ser argumentos capazes de contrastar com vantagem a adoção de técnicas destinadas a afastar a vulnerabilidade processual.

A única rigidez que merece ser preservada no processo, ou seja, a sua absoluta inflexibilidade, diz respeito ao seu caráter instrumental, especificamente a sua configuração como instrumento para produção de decisões jurídicas justas. Essa sim uma premissa perene, cuja preservação e observância devem ser uma constante na relação processual, inexoravelmente.

Os sujeitos processuais devem assumir uma postura ativa na construção problematizada de soluções e, para tanto, melhor que sejam criativos na elaboração

de técnicas. Traçando um paralelo com as ações afirmativas⁵³⁴ – que, não obstante o emprego do signo “ações” em verdade apresentam conteúdo material, portanto, ações estatais e não propriamente ação em sentido processual – propõe-se a adoção de adequadas *técnicas processuais afirmativas* para tutela do vulnerável na relação processual. Por assim dizer, deve o juiz zelar pela adoção de verdadeiras medidas compensatórias, a partir de problemas identificados no caso concreto, na dimensão que o caso requer e com o escopo de combater vulnerabilidades processuais.

Enquanto as ações afirmativas deitam raízes na igualdade material ou substancial,⁵³⁵ as técnicas processuais afirmativas visam promover, como aqui se tem sustentado, um processo consentâneo ao Estado Democrático Constitucional, saindo de cena questões raciais, de gênero, minorias ou limitações físicas, para dar lugar ao vulnerável processual, que reclama o reconhecimento de sua dignidade e a condição de cidadão em pleno gozo de direitos políticos, econômicos e sociais.

Não se pode aceitar, naturalmente, a existência de ressentimentos generalizados, silenciados e despersonalizados, insumos catalizadores de sentimentos de exclusão social. Adverte Ferraz Júnior quanto às expectativas criadas pelo discurso judicial:

Na verdade, o discurso judicial, ao institucionalizar conflitos, não apenas permite expectativas permanentes de teor positivo, mas também decepções permanentes, no sentido de que ele, sem impedir as decepções, as torna ‘difusas’, na forma de ressentimentos generalizados que não podem ser institucionalizados.⁵³⁶

A discriminação na relação processual muda de perspectiva. Não se trata de promover a igualação com o outro sujeito parcial. Mas de coibir a discriminação do vulnerável em relação ao sistema processual posto, isto é, conferir também a ele a

⁵³⁴ “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”. (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 151, jul./set. 2001, p. 135).

⁵³⁵ GOMES, A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro, 2001, p. 131.

⁵³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 84.

potência necessária para o exercício de todas as prerrogativas processuais possíveis para sustentar em juízo sua pretensão. Política inclusiva, inadvertidamente, que merece a especial atenção do Estado no processo. Repisa-se, o processo deve se prestar a ser instrumento de produção de decisões justas.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático Constitucional exige um modelo processual capaz de potencializar os valores nele consagrados. Como visto, a pauta da *juridicidade*, preocupação voltada à realização da justiça, é colocada ao lado dos direitos fundamentais, o que marca o processo, indelevelmente. A quarta fase metodológica da teoria processual foi concebida a partir da alocação do processo no centro da atenção dos processualistas, local que até então estava ocupado pela jurisdição. Esse movimento empreendido pelo formalismo-valorativo dá novos contornos ao papel das partes na dinâmica da relação processual, o que implicou reservar ao juiz a soberania apenas no momento da decisão. Ficou estabelecida, deste modo, a responsabilidade compartilhada, a partir de um processo que se apresenta como verdadeira comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, perpassado pela efetiva participação de todos no procedimento.

Desta feita, se o modelo processual do formalismo-valorativo pressupõe a efetiva participação no procedimento, fatores que impedem a observância dessa premissa merecem ser arduamente combatidos. Conferir ao princípio da dignidade da pessoa humana a devida densificação voltada ao processo e aliá-lo a preceitos de cidadania é, como tratado, arma eficaz para combater circunstâncias obstacularizadoras do exercício de direitos e prerrogativas processuais. Não se pode admitir que vitórias e derrotas sejam determinadas pela fragilidade da parte. Caso contrário, a vulnerabilidade processual seria capaz de comprometer a própria legitimidade da jurisdição.

O Código de Processo Civil não se mostra indiferente a essas preocupações. As técnicas processuais aqui tratadas, inspiradas naqueles princípios fundamentais, com destaque para a questão da gratuidade de justiça, Defensoria Pública, regras de fixação de competência, deveres do juiz na condução do processo e distribuição dinâmica das cargas probatórias, são importantes, mas não suficientes para garantir uma relação processual adequada ao vulnerável e, de tal sorte, atender os preceitos do formalismo-valorativo.

Para conciliar, de um lado, as exigências de uma jurisdição que para se legitimar exige um procedimento aberto à efetiva participação das partes e, do outro, a insuficiência do modelo de previsões – logo, *in abstracto* – de técnicas bastantes para tal fim, a adoção do pensamento tópico-problemático parece dar importante resposta para o equacionamento desse paradoxo. O retorno à retórica como caminho para solução dos problemas da vulnerabilidade processual identificados *in concreto* viabiliza a flexibilização procedimental na medida certa. Essa é a tônica firmada pela *juridicidade* no processo e que orienta a tutela do vulnerável, promovendo o acesso adequado à justiça por meio de técnicas capazes de adequar o procedimento às limitações subjetivas dos sujeitos parciais da relação, não apenas, como de costume, ao direito material em disputa. Reclama-se, portanto, a consagração de verdadeiras técnicas processuais afirmativas como medidas compensatórias da fragilidade da parte quanto ao exercício de direitos e prerrogativas processuais, medidas capazes de potencializar a participação do vulnerável no procedimento e contribuir, sobremaneira, para o adequado acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), 1948, Paris. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 413-414
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Globo, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. jul./set., 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2010.
- _____. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos et al (Org.). *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento. AgInt no REsp 1729246 AM. Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 04 set. 2018. *Diário da justiça*: 20 nov. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1729246&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração. EDcl no REsp nº 1712163 SP. Relator Ministro Moura Ribeiro, 2ª Seção. Brasília, julgado em: 25 set. 2019. *Diário da justiça*: 27 set. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=CUSTOS+VULNERABILIS&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em> 06 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e

imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). ADI nº 4.815 DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, julgado em: 10 jun. 2015. *Diário da Justiça*: 29 jan. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>.

Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3700-5 RN. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, julgado em 15 out. 2008. *Diário da justiça*: 06 mar. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579490>>.

Acesso em: 30 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3892 SC. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, julgado em 14 mar. 2012. *Diário da justiça*: 25 set. 2012. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=100277685&ext=.pdf>>.

Acesso em: 30 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. ADI nº 3943 DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, julgado em 18 fev. 2010. *Diário da justiça*: 06 ago. 2015. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307366526&ext=.pdf>>.

Acesso em 30 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Constitucional. Constituição: Preâmbulo. Normas centrais. Constituição do Acre. ADI nº 2.076-5 AC. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, julgado em: 15 ago. 2002. *Diário da Justiça*: 08 ago. 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>.

Acesso em: 12 jul. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Regras de Hermenêutica Jurídica. AI nº 835.442 RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, julgado em: 10 abr. 2013. *Diário da Justiça*: 15 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. HC nº 82.424-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, julgado em: 17 set. 2003. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 188, n. 3,

p. 858-1082, abr./jun. 2004. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/188_3.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

_____. *Comentários ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Contraditório*. In: TORRES, Sílvia Faber (Sup.). Dicionário de princípios jurídicos. São Paulo: Elsevier: 2011.

_____. *Convenções processuais*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018,

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 135-164, 2010. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21570>>. Acesso em: 20 set. 2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. *Revista de Processo*, vol. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, vol. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CASAS MAIA, Maurílio. A intervenção de terceiro da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção repercussões do novo CPC*. Doutrina selecionada. v. 1, parte geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

CASAS MAIA, Maurílio; OLIVEIRA, Pedro González Montes de. Legitimidade institucional e a nomeação judicial do defensor público como curador especial. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 26, n. 27 (dez. 2017). Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017, p. 94. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/639e7287be8b4aff8ce2aa4e6c08b3ab.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969, San José, Costa Rica. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). San José, Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 1948, Bogotá. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*. Bogotá: OEA, 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecAmeDirDevHom.html>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CRAMER, Ronaldo. O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DEVISATE, Rogério R. *Categorização: um ensaio sobre a Defensoria Pública*. In: SOARES, Fábio Costa. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-226, ago./2011.

_____. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A inamovibilidade dos membros da defensoria pública e o interesse público institucional. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 26, n. 27 (dez. 2017). Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017, p. 28. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/639e7287be8b4aff8ce2aa4e6c08b3ab.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2020

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública: de acordo com a EC 74/2013*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Hermenêutica e argumentação*. Conferência ministrada na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Curso de Hermenêutica Jurídica, realizada em Porto Alegre, em agosto de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1ZHjuUV36vg>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FIÚZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, VIII, 2017, Florianópolis. *Enunciados do fórum permanente de processualistas civis*. Florianópolis, dias 24, 25 e 26 mar. 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n.1, jan./jun. 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 151, jul./set. 2001.

GOMES, Marcos Vinícius Manos Lopes. A vocação defensorial do novo código de processo civil: permissão para intervenção defensorial “custos vulnerabilis”. In: CASAS MAIA, Maurílio (Org.). *Defensoria pública, democracia e processo*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *PRODIREITO*. Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2015, p. 97-128, v. 2.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 1.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. 2.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. 8 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JOBIM, Marco Félix. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 298/2019, dez. 2019.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 83–88, maio/2015.

KRIELE, 1980, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. HC nº 82.424-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, julgado em: 17 set. 2003. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 188, n. 3, p. 858-1082, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/188_3.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectivas, 1998.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. 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.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Um novo Código de Processo Civil para uma nova Defensoria Pública*. In: *Defensoria Pública*. José Augusto Garcia de Sousa (coord.). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 354. Em sentido contrário: CASAS MAIA, *A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPD: colisão de interesses* (art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e posições processuais dinâmicas, 2016, p. 1.277.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. Edição digital. Volume X. Número 3. Porto Alegre, 2015.

_____. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*, v. 272/2017, out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1.

_____. O custo e o tempo no processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, dez./2002. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça no limiar de novo século. In: *Temas de direito processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: *Temas de direito processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, v. 105/2002, p. 181-190, jan./mar. 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, n. 7, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. V. 1: parte geral. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado* (livro eletrônico). 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 1

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 71, jul./1993, p. 31.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. A função social do processo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 9, n. 2, p. 49, abr./jun. 1997.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*. vol. 217/2013, p. 205-224, mar. 2013.

PIMENTEL, Renan Augusto da Gama. A atuação da defensoria pública nas ações possessórias multitudinárias: uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º, do Novo Código de Processo Civil. In: CASAS MAIA, Maurílio (Org.). *Defensoria pública, democracia e processo*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL,

Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 3 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDONDO, Bruno Garcia. *A adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria processual do direito. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, nov. 2009.

ROCHA, Jorge Bheron. Breves notas sobre a Defensoria Pública e o novo CPC. In: CAÚLA, Bleine Queiros et al (Org.); MIRANDA, Jorge et al (Coord.). *Diálogos ambiental, constitucional e internacional*. vol. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: *Temas Aprofundados*. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, out. 2002.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, mai. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no novo código de processo civil. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.); SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Coleção repercussões do Novo CPC*. v. 5: Defensoria Pública. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. São Paulo: Ática, 1983.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOUZA, Anderson Chalita Elísio de; FETZNER, Néli Luiza Cavalieri; PALADINO, Valquiria da Cunha et al. (Orgs.). *Argumentação jurídica: teoria e prática*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

SOUZA, José Augusto Garcia de. *Comentários ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.

STRECK, Lênio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*, v. 213, nov. 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 2, p. 1151-1167, out. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo código de processo civil*. THEODORO NETO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO, Ana Vitoria Mandim (Colab.). 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Visão principiológica e sistemática do código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 285/2018, nov. 2018,

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177. Rio de Janeiro, jul./set. 1989.

VIANA, Márcio Túlio; NUNES, Raquel Portugal. *O segundo processo: fatores informais que penetram no julgamento*. São Paulo: LTr, 2019.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução da 5 ed. alemã, rev. e ampl., da Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2008.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

WOLKART, Erik Navarro. *Comentário ao novo código de processo civil*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JÚNIOR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010,

_____. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.