

**JÚLIO CAMARGO DE AZEVEDO**

**TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS EM  
SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO - SP**

**2019**

**JÚLIO CAMARGO DE AZEVEDO**

**TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE  
VULNERABILIDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Rodolfo de Camargo Mancuso.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO - SP**

**2019**

**Catálogo na Publicação**  
**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Azevedo, Júlio Camargo de.

Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade / Júlio Camargo de Azevedo. -- São Paulo, 2019. 307 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Rodolfo de Camargo Mancuso.

Notas de rodapé

Inclui bibliografia

1. Tutela jurisdicional. 2. Adequação procedimental. 3. Pessoas em situação de vulnerabilidade. I. Mancuso, Rodolfo de Camargo, orient. II. Título.

---

**Nome: AZEVEDO, Júlio Camargo de.**

**Título: Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade**

**Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo para a  
obtenção do título de Mestre em Direito.**

**Aprovado em: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_.**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente da Banca: \_\_\_\_\_**

**Instituição: \_\_\_\_\_**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Prof. Dr. \_\_\_\_\_**

**Instituição: \_\_\_\_\_**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Prof. Dr. \_\_\_\_\_**

**Instituição: \_\_\_\_\_**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

**Prof. Dr. \_\_\_\_\_**

**Instituição: \_\_\_\_\_**

**Julgamento: \_\_\_\_\_**

*Dedico este trabalho à memória de meu pai  
Armando Monteiro de Azevedo, que em diversas  
fases da vida se viu vulnerável...*

## AGRADECIMENTOS

À minha família Tânia, Ronaldo, Roberto e Vitor, pelo apoio incondicional. Um agradecimento especial à minha mãe, aquela “luzinha” sempre acesa, que gentilmente revisou o texto.

À Gabriela, pelo companheirismo e apoio demonstrado nos inúmeros momentos sacrificados à consecução desta pesquisa. Amo você.

Aos professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Marcato, Camilo Zufelato, Cândido Rangel Dinamarco, Fernanda Tartuce, Fernando da Fonseca Gajardoni, Marco Antonio Sabino, Maria Paula Dallari Bucci, Nelson Nery Júnior, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Suzana Henriques da Costa, Vitor Burgo e Kazuo Watanabe pelas profícuas lições e ricos apontamentos referentes à pesquisa. Vocês contribuíram muito para a formação do processualista que pretendo ser.

À Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, velha e sempre nova academia, pela acolhida nestes três anos de intensos estudos, amizades verdadeiras e vivências extraordinárias. Um agradecimento especial aos funcionários. Li uma vez que os anjos gostam de bibliotecas, mas só fui comprovar isso no Largo de São Francisco. Obrigado por existir Maria dos Remédios!

À Defensoria Pública paulista, por me garantir uma vida laboral com propósito. Ainda, aos colegas defensores públicos André Marcondes, Ana Paula Meirelles Lewin, Daniel Zveibel e Jairo Salvador por me auxiliarem a tornar esse sonho possível.

Aos amigos de hoje, amanhã e sempre.

Por fim, um agradecimento especial ao professor Rodolfo de Camargo Mancuso, que não ensinou pensamentos, mas a pensar, apontando um caminho sem volta pelo fascinante labirinto acadêmico. Muito mais que um orientador acadêmico, o senhor foi um orientador para a vida.

Muito obrigado a todos...

*“[...] as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”*. Boaventura de Souza Santos, 2010.

## RESUMO

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Tutela jurisdicional adequada às pessoas em situação de vulnerabilidade**. 2019. 307 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem por objetivo central discutir a viabilidade da adequação da tutela jurisdicional em favor de pessoas em situação de vulnerabilidade. Para alcance do escopo delineado a pesquisa dividiu-se em três partes. Na primeira etapa promoveu-se uma revisão bibliográfica acerca do instituto tutela jurisdicional abordando sua evolução histórica, teorias conceituais e principais classificações, sem prescindir de apontamentos referentes à importância da categoria para o estudo do processo civil contemporâneo à luz de uma perspectiva humanista. Na segunda etapa aprofundou-se o estudo jurídico da vulnerabilidade, evidenciando sua trajetória histórica, aportes filosóficos, conceito, espécies, classificações e fundamentos jurídicos de proteção. Na terceira etapa, investigou-se a relação entre vulnerabilidade e processo, destacando a importância de se buscar um processo civil inclusivo, participativo e não discriminatório. A seguir foram erigidas algumas balizas científicas para a adequação da tutela jurisdicional, tais como a consideração da condição vulnerável e a aplicação de vetores metodológicos, sendo exploradas hipóteses específicas de adequação, compilação que procurou sistematizar tanto técnicas processuais já previstas nas legislações protetivas, quanto hipóteses concretas de adaptação à luz do Código Processual de 2015. Por fim, cogitou-se da aplicação de um microssistema processual de proteção às vulnerabilidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela jurisdicional. Adequação procedimental. Pessoas em situação de vulnerabilidade.



## ABSTRACT

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Appropriate judicial protection for people in vulnerable situation**. 2019. 307 p. Dissertation (Master in Civil Procedure) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

The main goal of this study is to discuss the viability of procedural adaptation in favor of people in vulnerable situation. In order to reach the pointed scope, the research was divided in three parts. At the first stage, it promoted a bibliographical review about the judicial protection institute, insight of its historical evolution, conceptual theories and main classifications, without regarding the importance of the category for the contemporary study of civil procedure under its humanistic perspective. On the second stage, it deepened the juridical study of vulnerability, evidencing its historical trajectory, philosophical contributions, concept, species and classifications, as well as the main legal protection basis. Finally, in the third stage, it investigated the relationship between vulnerability and civil procedure, highlighting the importance of an inclusive, participatory and non-discriminatory civil procedure. Therefore, it established some scientific basis, such as the procedural consideration about vulnerable condition and the application of methodological principles. Hereafter, it explored specific hypotheses of procedural adequacy, compilation that meant to systematize both the procedural techniques already provided in the protective legislations and the concrete adaptations under the Procedural Code of 2015. Finally, it considered the application of a procedural micro-system of vulnerability protection.

**KEY WORDS:** Judicial protection. Procedural adequacy. People in vulnerable situation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>1 NOTAS PRELIMINARES</b> .....	17
<b>2 PLANO DE TRABALHO</b> .....	20
<b>PARTE I – TUTELA JURISDICIONAL</b> .....	25
<b>CAPÍTULO 1 – TUTELA JURISDICIONAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E ESPÉCIES</b> .....	25
1.1 BREVES NOTAS SOBRE AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E A SUA INFLUÊNCIA SOBRE A NOÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL .....	25
<b>1.1.1 A ruptura com a categoria da tutela jurisdicional: a passagem do sincretismo ao autonomismo processual</b> .....	25
<b>1.1.2 A retomada científica da categoria da tutela jurisdicional: o instrumentalismo</b>	30
1.2 A TUTELA JURISDICIONAL ENQUANTO ESPÉCIE DO GÊNERO TUTELA DOS DIREITOS .....	33
1.3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL .....	34
<b>1.3.1 A tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade jurisdicional</b> .....	34
<i>1.3.1.1 Extensão subjetiva</i> .....	35
<i>1.3.1.2 Extensão objetiva</i> .....	39
<b>1.3.2 A tutela jurisdicional enquanto meios ordenados à consecução do resultado</b> ....	41
1.4 ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL .....	45
<b>1.4.1 A tradicional classificação tripartite (tutelas cognitiva, executiva e cautelar)</b> ....	45
<b>1.4.2 Críticas à classificação trinária</b> .....	46
<b>1.4.3 Outras classificações</b> .....	49
1.5 TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS .....	51
<b>1.5.1 A contribuição da doutrina italiana</b> .....	52
<b>1.5.2 A tutela jurisdicional diferenciada na doutrina brasileira</b> .....	53

<b>CAPÍTULO 2 – A TUTELA JURISDICIONAL NO DIREITO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO</b> .....	57
2.1 A CRISE DOS CLÁSSICOS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL.....	57
2.2 A TUTELA JURISDICIONAL ENQUANTO NOVO POLO METODOLÓGICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL .....	64
2.3 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE TUTELA JURISDICIONAL.....	66
2.4 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ...	67
<b>2.4.1 Direito à efetividade do provimento jurisdicional</b> .....	68
<b>2.4.2 Direito à adequação do procedimento e da técnica processual</b> .....	72
<b>2.4.3 Direito à tempestividade processual</b> .....	76
2.5 UMA NOVA MIRADA: A DIMENSÃO HUMANISTA DA TUTELA JURISDICIONAL .....	81
<b>2.5.1 A insuficiência da noção clássica de tutela do direito material</b> .....	81
<b>2.5.2 A mudança de paradigma: da tutela de direitos à tutela das pessoas</b> .....	84
<b>2.5.3 Um dos caminhos possíveis à tutela jurisdicional humanista: a consideração da vulnerabilidade no processo</b> .....	87
<b>PARTE II - VULNERABILIDADE</b> .....	89
<b>CAPÍTULO 3 – VULNERABILIDADE: EXTENSÃO E COMPREENSÃO DO TERMO</b> .....	89
3.1 BREVES NOTAS SOBRE A TRAJETÓRIA EVOLUTIVA DA VULNERABILIDADE .....	89
3.2 PRINCIPAIS NOÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE.....	92
3.3 A BUSCA POR UM CONCEITO DE VULNERABILIDADE .....	93
3.4 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS AO ESTUDO JURÍDICO DA VULNERABILIDADE .....	94
<b>3.4.1 O multiculturalismo</b> .....	94
<b>3.4.2 A insuficiência da igualdade material distributiva</b> .....	98

<b>3.4.3 As teorias do reconhecimento</b> .....	101
<b>3.5 O CONCEITO JURÍDICO DE VULNERABILIDADE</b> .....	108
<b>3.5.1 Elementos tipificadores</b> .....	110
<i>3.5.1.1 Elemento estruturante</i> .....	110
<i>3.5.1.2 Elementos distintivos</i> .....	113
<b>3.6 CARACTERÍSTICAS</b> .....	114
<b>3.7 CLASSIFICAÇÕES</b> .....	115
<b>3.7.1 Por uma nova classificação: vulnerabilidade socioeconômica e vulnerabilidade sociocultural</b> .....	117
<b>3.8 ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL</b> .....	122
<b>3.9 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS</b> .....	124
<b>3.9.1 Vulnerabilidade e minoria</b> .....	124
<b>3.9.2 Vulnerabilidade e hipossuficiência</b> .....	126
<b>3.9.3 Vulnerabilidade e vitimização</b> .....	128
<b>3.10 HIPERVULNERABILIDADE</b> .....	129
<b>CAPÍTULO 4 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS GERAIS DA TUTELA DA VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL</b> .....	133
<b>4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	133
<b>4.2 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE ANTIDISCRIMINAÇÃO</b> .....	135
<b>4.3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	136
<b>4.4 AS 100 REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE</b> .....	138
<b>PARTE III - TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE</b> .....	141
<b>CAPÍTULO 5 – VULNERABILIDADE E PROCESSO</b> .....	141
<b>5.1 COLOCANDO A PROBLEMÁTICA: A DUPLA REIVINDICAÇÃO POR JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA E A NOÇÃO DE PROCESSO JUSTO</b> .....	141

5.2 VULNERABILIDADE E PROCESSO.....	142
<b>5.2.1 O processo civil no paradigma multicultural.....</b>	<b>142</b>
<b>5.2.2 A insuficiência de remédios processuais redistributivos.....</b>	<b>146</b>
<b>5.2.3 Novas exigências normativas ao adequado acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade.....</b>	<b>148</b>
<i>5.2.3.1 A necessidade de um processo civil não discriminatório.....</i>	<i>150</i>
5.2.3.1.1 A vedação ao <i>hate speech</i> processual.....	151
5.2.3.1.2 A vedação à emissão de críticas ou juízos morais sobre o “projeto de vida” da pessoa em condição de vulnerabilidade.....	154
<i>5.2.3.2 A necessidade de um processo civil que respeite à diferença.....</i>	<i>155</i>
<i>5.2.3.3 A necessidade de um processo civil inclusivo.....</i>	<i>156</i>
5.2.3.3.1 Das medidas administrativas de facilitação ao acesso à justiça.....	157
5.2.3.3.2 Das medidas de adaptação procedimental.....	158
<i>5.2.3.4 A necessidade de um processo civil que valorize a autonomia individual, a liberdade de escolha e a participação de sujeitos vulneráveis.....</i>	<i>160</i>
5.3 INSTRUMENTOS DE TRATAMENTO DA VULNERABILIDADE NO PROCESSO: AS “AÇÕES AFIRMATIVAS PROCESSUAIS”.....	163

**CAPÍTULO 6 – TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL.....**

6.1 DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE.....	165
<b>6.1.1 O primeiro recorte proposto: a dimensão da adequação da tutela jurisdicional.....</b>	<b>165</b>
<b>6.1.2 O segundo recorte proposto: a vulnerabilidade sociocultural.....</b>	<b>165</b>
6.2 PREMISSAS CIENTÍFICAS GERAIS.....	166
<b>6.2.1 A tutela jurisdicional humanista como condição de possibilidade para um processo civil inclusivo.....</b>	<b>166</b>
<b>6.3.2 Fundamentos normativos.....</b>	<b>167</b>
<b>6.2.3 Espécies de adequação da tutela jurisdicional em favor de grupos vulneráveis.....</b>	<b>168</b>

6.2.4 Pressuposto à adequação: a identificação da condição vulnerável.....	169
6.2.5 Princípios metodológicos .....	172
6.2.5.1 Princípio “pro persona” ou “pro homine” .....	173
6.2.5.2 Princípio “favor vulnerabilis” .....	174
6.2.5.3 Princípio da adaptação razoável ou da acomodação razoável .....	175
6.2.5.4 Princípio “in dubio pro vulnerabilis” .....	176
6.2.5.5 Princípio da proteção integral .....	177
6.2.5.6 Princípio da não fruição obrigatória da ação afirmativa .....	178
6.3 SISTEMATIZAÇÃO DAS PRINCIPAIS TÉCNICAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS .....	178
6.3.1 Normas processuais fundamentais .....	179
6.3.1.1 A boa-fé processual e a vedação ao “hate speech” no processo .....	179
6.3.1.2 A cooperação como valorização da autonomia e garantia de informação .....	180
6.3.1.3 Contraditório como garantia de participação-influência .....	182
6.3.2 Métodos consensuais de resolução de conflitos .....	184
6.3.2.1 Viabilidade da resolução consensual de conflitos envolvendo sujeitos vulneráveis .....	186
6.3.2.2 Adequação do procedimento consensual .....	187
6.3.3 Competência .....	189
6.3.3.1 A especialização da competência .....	189
6.3.3.2 O “forum shopping” (escolha do foro mais favorável) e a flexibilização das regras de modificação da competência territorial .....	193
6.3.4 Representação processual e assistência jurídica .....	196
6.3.4.1 A dispensa da capacidade postulatória em favor da parte vulnerável .....	196
6.3.4.2 A Defensoria Pública como garantia de integralidade e gratuidade da assistência jurídica.....	198
6.3.5 Curadoria especial e a intervenção do <i>custos iuris</i> .....	200
6.3.5.1 A curadoria especial em favor do incapaz sem representante legal ou com interesses colidentes .....	201
6.3.5.2 A curadoria especial em favor do deficiente intelectual.....	202

<b>6.3.5.3 A intervenção do Ministério Público enquanto “custos iuris”</b> .....	204
<b>6.3.6 Intervenção de terceiros</b> .....	206
<b>6.3.6.1 Intervenções de terceiro em favor da pessoa vulnerável</b> .....	206
<b>6.3.6.2 A hipótese do artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente</b> .....	208
<b>6.3.7 Atos processuais</b> .....	209
<b>6.3.7.1 Adequações pertinentes à forma e ao lugar dos atos processuais</b> .....	209
6.3.7.1.1 Prioridade de tramitação em favor de sujeitos vulneráveis .....	209
6.3.7.1.2 Ampliação das hipóteses de segredo de justiça .....	214
6.3.7.1.3 Concentração de atos processuais e a valorização da oralidade .....	215
6.3.7.1.4 Processamento nas férias forenses e prática de atos em horários noturnos .....	216
6.3.7.1.5 Realização de atos jurisdicionais no lugar indicado pela pessoa vulnerável .....	217
<b>6.3.7.2 Adequações pertinentes à comunicação dos atos processuais</b> .....	218
6.3.7.2.1 Exceção à regra da citação epistolar .....	218
6.3.7.2.2 Utilização de meios eletrônicos em favor da parte vulnerável .....	219
<b>6.3.7.3 Adequações pertinentes aos prazos processuais</b> .....	220
<b>6.3.8 Convenções processuais</b> .....	221
<b>6.3.8.1 Limites à autonomia privada pela vulnerabilidade da parte</b> .....	223
<b>6.3.8.2 A possibilidade de sujeitos vulneráveis firmarem convenções processuais</b> .....	225
<b>6.3.9 Tutelas provisórias</b> .....	227
<b>6.3.9.1 Medidas protetivas de urgência</b> .....	228
<b>6.3.9.2 A concessão “ex officio” da tutela liminar</b> .....	231
<b>6.3.10 Procedimento comum</b> .....	233
<b>6.3.10.1 Fase postulatória</b> .....	233
6.3.10.1.1 Adaptações pertinentes aos requisitos da petição inicial .....	233
6.3.10.1.2 Adaptações pertinentes ao exercício do direito de defesa .....	235
<b>6.3.10.2 Fase saneadora</b> .....	237
6.3.10.2.1 A atuação de equipes de apoio multidisciplinar .....	238
6.3.10.2.2 A convocação de órgãos responsáveis pela assistência social.....	239
<b>6.3.10.3 Fase instrutória</b> .....	240
6.3.10.3.1 A distribuição do ônus da prova <i>in favor vulnerabilis</i> .....	240

6.3.10.3.2 A ação probatória autônoma como garantia de não revitimização .....	243
<b>6.3.10.4 Fase decisória e recursal .....</b>	<b>244</b>
6.3.10.4.1 A rescindibilidade da sentença interna contrária à decisão <i>erga omnes</i> da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	244
6.3.10.4.2 O controle de convencionalidade via recursos excepcionais .....	246
6.3.10.4.3 Especificidades recursais em favor da criança e do adolescente .....	248
<b>6.3.10.5 Fase executiva .....</b>	<b>249</b>
6.3.10.5.1 A aplicação de medidas executivas atípicas na tutela do crédito de indivíduos vulneráveis .....	249
6.3.10.5.2 A dispensa de caução para levantamento de depósito e para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução.....	252
<b>6.3.11 Procedimentos especiais .....</b>	<b>254</b>
<b>6.3.11.1 Inadequação do procedimento especial de “interdição” em relação à pessoa com deficiência.....</b>	<b>256</b>
<b>6.3.11.2 A facultatividade da sessão consensual no procedimento especial de família em caso de vulnerabilidade.....</b>	<b>259</b>
<b>6.3.12 Sistemática de precedentes judiciais e litígios repetitivos .....</b>	<b>260</b>
<b>6.3.12.1 A técnica da distinção (“distinguishing”) como garantia do direito à diferença .....</b>	<b>262</b>
<b>6.3.12.2 A técnica da superação (“overruling”) como garantia de revisão de precedentes contrários aos direitos humanos de grupos vulneráveis.....</b>	<b>264</b>
<b>6.3.12.3 A participação de grupos vulneráveis na formação dos precedentes judiciais.....</b>	<b>265</b>
<b>6.4 UMA PROPOSTA FINAL: O MICROSSISTEMA PROCESSUAL DE PROTEÇÃO ÀS VULNERABILIDADES .....</b>	<b>268</b>
<b>7 NOTAS CONCLUSIVAS .....</b>	<b>273</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>283</b>



## INTRODUÇÃO

### 1 NOTAS PRELIMINARES

Há algum tempo, os estudiosos do processo vêm se preocupando com o tema da adequação da tutela jurisdicional. Fala-se, inclusive, em um “direito ao procedimento adequado”, na feliz expressão de Dinamarco. Afirma-se, nesse sentido, que a técnica processual deve abrir caminho à adequada tutela dos direitos, permitindo que situações carentes de chancela encontrem efetiva salvaguarda na garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Mas isso nem sempre foi assim. Por tentar afastar o processo de sua tradição privatista, a fase autonomista banuiu o tema da tutela dos direitos dos estudos de Direito Processual, primando pela independência dos institutos processuais em relação às categorias de direito material. A retomada do tema à processualística moderna somente adveio por intermédio da visão instrumentalista do processo, corrente metodológica que colocou em destaque os resultados almejados sob o prisma da efetividade.

Se é certo, entretanto, que a fase instrumentalista foi responsável pelo resgate científico da tutela dos direitos no plano processual, parece igualmente correto afirmar que o instrumentalismo enquanto metodologia não esgota ou resume o estudo contemporâneo da tutela jurisdicional. Sob o prisma do processo civil constitucional, o tema vem assumindo um papel científico cada vez mais destacado, polo metodológico em torno do qual orbitam estudos acerca de outros institutos processuais e sua disciplina.

Com efeito, quando vista em uma perspectiva bifocal, a tutela jurisdicional pode ser pensada tanto pelo prisma dos resultados da atividade judicante, isto é, a partir dos aspectos práticos e jurídicos que a jurisdição exerce sobre o plano do direito material e sobre a vida das pessoas, quanto pelo prisma dos meios preordenados à consecução dos objetivos almejados, englobando aqui a dimensão do procedimento, da técnica processual, das garantias processuais e das formas executivas.

Já no que toca ao seu conteúdo, a tutela jurisdicional vem sintetizando a aquilo que a doutrina ocidental convencionou denominar de processo justo (*giusto processo; fair procedure; faire Verfahren*), agregando os direitos à efetividade, à adequação da técnica processual e à razoável duração do processo. Daí porque possível, hodiernamente, cogitar de

uma tutela jurisdicional adequada, eis que adequar significa pressupor um nexos de finalidade entre o direito material afirmado e o instrumento processual utilizado para o alcance dos resultados úteis perseguidos.

Ocorre, porém – e aqui reside o ponto alto da pesquisa que se pretende –, que a adequação da tutela jurisdicional no Estado Constitucional não pode se adstringir unicamente às necessidades abstratas do direito material. No paradigma constitucional do processo, o instituto deve centrar-se na proteção da pessoa, na garantia dos direitos fundamentais e na promoção dos direitos humanos, levando também em consideração as dificuldades concretas enfrentadas pelos cidadãos que buscam o acesso ao Poder Judiciário.

Crível projetar, desse modo, uma reorientação funcional acerca da categoria da tutela jurisdicional no processo civil contemporâneo, a qual deve considerar não apenas a tutela dos direitos, mas também – e precipuamente – a tutela das pessoas. Muda-se, nesta perspectiva, o foco do processualista: da tutela do ordenamento jurídico abstrato para a tutela de pessoas de carne e osso. Plausível repensar, ademais, a técnica processual e o procedimento a partir das fragilidades evidenciadas pelos sujeitos processuais sob o crivo do contraditório. Um dos caminhos possíveis para este chamado humanitário à tutela jurisdicional decorre da consideração da vulnerabilidade no processo.

O instituto, que não é novo, fazendo-se presente nas discussões humanas desde a Grécia Antiga, evoluiu de uma noção meramente biológica de fragilidade (“todo ser humano é vulnerável”) para alcançar uma noção contemporânea de risco social, transformando-se em dispositivo funcional relevante a indicar os processos de exclusão e as assimetrias de poder a que estão submetidos grupos sociais marginalizados.

Não só. A interdisciplinariedade vivenciada pela vulnerabilidade em tempos pós-modernos agrega a esta categoria um poderoso potencial prospectivo, orientador de um agir voltado à superação dessas condições de fragilidade. Desse modo, a vulnerabilidade deve ser encarada como ferramenta analítica vigorosa nos dias atuais, razão de sua ampla difusão nos mais diversos ramos do saber.

Cotejando as ideias até aqui apresentadas, isto é, a concepção humanista da tutela jurisdicional e a noção contemporânea de vulnerabilidade, entende-se possível raciocinar a adequação da tutela jurisdicional a partir das situações de vulnerabilidade de indivíduos e grupos marginalizados no contexto nacional, calibrando o procedimento à luz das fragilidades sociais evidenciadas sob o crivo do contraditório.

Essa mudança de postura, todavia, abriga cristalinos desafios. De saída, aponta-se a dificuldade de se trabalhar a temática da vulnerabilidade sob o prisma do Direito, conceito

interdisciplinar que pode tanto tangenciar a fragilidade de ordem biológica, inerente a todos os seres humanos, quanto a fragilidade de ordem sociocultural, derivada de relações de subordinação e assimetrias de poder que favorecem um exercício desigual de cidadania.

No plano jurídico brasileiro, aliás, comumente o termo se associa a uma noção dogmática do Direito do Consumidor, fruto de sua expressa previsão no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990. Referida vinculação à proteção das relações comerciais modernas, entretanto, nem sempre se coaduna com os pressupostos jusfilosóficos por que se pautam os direitos humanos, restringindo a dimensão conceitual da vulnerabilidade ao arquétipo legal instituído por normas destinadas a regular uma sociedade de consumo.

Ademais, em que pese a popularização da expressão, grassa intensa insegurança jurídica sobre o manejo técnico da vulnerabilidade enquanto ferramenta epistemológica, fator que dificulta a abordagem jurídica voltada à compreensão do instituto, empobrecendo sua disposição heurística para a remoção de obstáculos procedimentais frente à garantia de acesso à justiça. Daí já se extrai a importância do presente trabalho, uma vez que a utilização da vulnerabilidade não deve se transformar em categoria científica de utilização utilitária ou intuitiva, favorecendo uma fragilização epistêmica.

Outro fator de complicação refere-se à vasta miscelânea de grupos vulneráveis existentes na gramática social brasileira – ex: pessoas com deficiência, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, afrodescendentes, quilombolas, indígenas, população LGBTI, refugiados, imigrantes e deslocados internos, pessoas em situação de rua etc. – fato este que, conjugado ao amplo arcabouço legislativo nacional e supranacional relativo às vulnerabilidades, dificulta a adequada identificação da parte vulnerável perante o Sistema de Justiça, assim como a adoção de medidas, apoios ou remédios jurídicos em favor desses sujeitos.

Por fim, o caldo cultural em que jaz o processo civil atual, caracterizado pela tutela prioritária das relações patrimoniais, mercantis e fiscais, pelo alcance de índices massivos de produtividade e, mais recentemente, pelo tratamento da litigiosidade serial mediante a replicação de padrões decisórios, contribui para embaçar as lentes do processualista, impedindo-o muitas vezes de enxergar o processo enquanto instrumento democrático de tutela da diversidade e garantia de inclusão social de segmentos marginalizados. Some-se a tudo isso a baixa formação humanística dos profissionais que integram as instituições do Sistema de Justiça brasileiro, os quais, especialistas no saber dogmático, raramente conseguem oportunizar uma adequada identificação da vulnerabilidade no processo, carecendo, ademais, de um olhar sensibilizado em torno da dura realidade experimentada pela população excluída.

A propósito, há muito se fala em adequação judicial do procedimento, mas olvidase que a formação jurídica do profissional brasileiro é essencialmente generalista, dedutiva e dogmática, o que inviabiliza, na maioria das vezes, a adoção de medidas particulares, indutivas ou pragmáticas, transformando a exigência de adequação da tutela jurisdicional em verdadeiro *mise en scène* metodológico.

Movido por estes desafios, mesmo assumindo os perigos de uma análise embrionária, esta pesquisa pretende se debruçar sobre o problema geral da adequação da tutela jurisdicional em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade, procurando compilar, de um lado, as técnicas processuais já previstas nas legislações protetivas, facilitando assim o caminho do jurista envolto neste vasto mar legislativo, sem prescindir de evidenciar, de outro, hipóteses concretas de adaptação das técnicas processuais inseridas no Código Processual de 2015, evitando que a adequação da tutela jurisdicional permaneça restrita às muradas da academia. A proposta é fornecer um substrato acadêmico que transite entre a teoria e a prática, servindo à emancipação dogmática de práticas jurídicas futuras.

Para tanto, importante afiançar o plano de trabalho projetado.

## **2 PLANO DE TRABALHO**

Na etapa inicial da pesquisa, optou-se por uma revisão bibliográfica da categoria da tutela jurisdicional, investigando sua evolução histórica, delimitação conceitual, espécies e principais classificações existentes no Direito Processual Civil brasileiro, sem prescindir de breves menções à temática das tutelas jurisdicionais diferenciadas, levando em consideração a influência exercida pelo processo civil italiano. Doutro giro, deixou-se de analisar perspectivas da tutela jurisdicional relacionada a outros ramos do Direito nacional, como, *verbi gratia*, a tutela jurisdicional penal, a tutela jurisdicional trabalhista, a tutela jurisdicional eleitoral etc.

No segundo capítulo, buscou-se assentar o estado d'arte que a categoria galga no cenário processual hodierno, eixo metodológico em torno do qual orbita a explicação de outros institutos processuais, sintetizando a noção de processo justo (tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva). Doravante, apresentou-se a chamada tutela jurisdicional humanista, visão que realça a tutela das pessoas como finalidade precípua do processo civil contemporâneo.

Na segunda etapa da pesquisa, investiu-se inicialmente em uma apresentação geral da categoria da vulnerabilidade, evitando que sua natureza interdisciplinar ofuscasse a adequada compreensão e extensão do termo, fragilizando sua real utilidade jurídica. Partindo deste

objetivo geral, alguns objetivos específicos foram predeterminados. Ei-los: i) apresentar a trajetória evolutiva e as principais noções conceituais de vulnerabilidade; ii) evidenciar os aportes filosóficos para o estudo jurídico da vulnerabilidade (multiculturalismo, insuficiência da igualdade material distributiva e apresentação das teorias do reconhecimento); iii) delimitar um conceito jurídico de vulnerabilidade, apresentando seus elementos estruturante e distintivos; iv) elucidar as principais características, classificações, espécies e distinções terminológicas referentes à categoria, abordando, ao final, o fenômeno da hipervulnerabilidade.

No segundo capítulo foram apresentados os fundamentos jurídicos que oferecem suporte à tutela jurídica da vulnerabilidade no contexto nacional, abordando-se a dignidade da pessoa humana, a cláusula constitucional de antidiscriminação, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, além das 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.

Na terceira e última etapa, objetivou-se investigar a complexa relação entre vulnerabilidade e processo, evidenciando-se a problemática da dupla reivindicação por justiça contemporânea (redistribuição e reconhecimento) a partir da noção de processo justo. Por conseguinte, valendo-se das premissas jusfilosóficas soerguidas para o tratamento jurídico da vulnerabilidade, discutiu-se o lugar do processo civil no paradigma multicultural, a insuficiência dos remédios processuais redistributivos, além das novas exigências normativas impostas pelo reconhecimento da diversidade de indivíduos e grupos vulneráveis.

A partir destas linhas mestras, novos objetivos específicos foram delineados: i) demonstrar a importância de um processo civil não discriminatório, que combata o *hate speech* processual e a emissão de críticas ou juízos morais sobre o “modo de ser” ou sobre o “projeto de vida” da pessoa em condição de vulnerabilidade; ii) evidenciar a importância do respeito à diferença no processo, permitindo a adequada identificação da vulnerabilidade e o combate à anulação processual da diferença; iii) ressaltar a necessidade de um processo civil inclusivo, que invista em medidas administrativas de facilitação ao acesso à justiça e em técnicas processuais adaptadas às situações de vulnerabilidade presentes nos foros; iv) destacar a relevância da valorização da autonomia individual, da liberdade de escolha e da participação de sujeitos vulneráveis nos processos a eles concernentes, evitando-se uma adequação processual paternalista ou assistencialista. No quinto capítulo, optou-se por explorar os instrumentos de tratamento da vulnerabilidade no processo, ações afirmativas processuais que foram especificadas à luz da classificação operada no segundo capítulo (socioeconômicas e socioculturais).

Por derradeiro, o sexto capítulo foi responsável por estabelecer a delimitação de análise, recorte temático que se demonstra importante tanto pelos caminhos que abrem quanto pelas restrições reveladas. Dois foram os recortes assumidos: a dimensão da adequação da tutela jurisdicional e a análise da vulnerabilidade sociocultural.

À luz do primeiro recorte, objetivou-se compilar tanto as ações afirmativas processuais estabelecidas em face de indivíduos vulneráveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, quanto as possíveis hipóteses concretas de adaptação do procedimento e das técnicas processuais inseridas no Código Processual de 2015. Como estruturação, optou-se pela sistematização embasada nos grandes temas de Direito Processual Civil, a partir da topografia adotada pela Codificação de 2015. Passou-se, assim, pelas normas fundamentais do processo, métodos consensuais de resolução de conflitos, competência, representação processual e assistência jurídica, intervenção de terceiros, forma dos atos processuais, convenções processuais, tutelas provisórias, fases do procedimento comum (postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executiva), procedimentos especiais, até alcançar a sistemática dos precedentes e o tratamento da litigância repetitiva. Adotou-se como método de análise a perspectiva dogmática.

Doutro giro, deixou-se de investigar critérios relacionados à efetividade ou à tempestividade processual, tais como fatores de eficiência, de infraestrutura judiciária, de gerenciamento de casos, assim como coeficientes de letargia do processo e avaliações de desempenho por critérios quantitativos. Ademais, muito embora grande parte das técnicas analisadas também ostentem aplicabilidade perante a seara do processo coletivo, este trabalho optou por não se debruçar sobre as especificidades procedimentais relacionadas à tutela dos direitos transindividuais de grupos vulneráveis, centrando-se na tutela individual e na Codificação de 2015.

Já como segundo recorte proposto, a avaliação recaiu sobre as hipóteses de vulnerabilidade sociocultural, isto é, fragilidades sociais ligadas à diversidade cultural-identitária de grupos historicamente discriminados. A delimitação empreendida dialoga, portanto, com a classificação introduzida na segunda parte desta pesquisa (vulnerabilidade socioeconômica e vulnerabilidade sociocultural), objetivando alcançar pessoas com deficiência, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, afrodescendentes, quilombolas, indígenas, população LGBTI, refugiados, imigrantes e deslocados internos e, mais restritamente, pessoas em situação de rua.

Não foram avaliadas, de outra banda, identidades socioculturais menos presentes na realidade forense brasileira, tais como os ciganos, os grupos faxinais, as comunidades

ribeirinhas, as quebradeiras de coco babaçu, as vazanteiras, as geraizeiras, os seringueiros, as catingueiras, os castanheiros, o que não impede sejam estes grupos abarcados pelos instrumentos protetivos aqui elencados, especialmente à luz da proposta de intercomunicação das regras protetivas.

O trabalho também deixar de abordar situações envolvendo vulnerabilidades socioeconômicas, aqui compreendidos os enfermos, os hipossuficientes econômicos, os trabalhadores, os analfabetos, os sem-moradia, os sem-terra, além dos consumidores. Embora de suma relevância para a reversão dos quadros de desigualdade no país, considerou-se que tais grupos já contam com bibliografia considerável no Direito Processual brasileiro. Por tais razões, optou-se por conferir enfoque específico às hipóteses de vulnerabilidade sociocultural e ao tratamento processual de indivíduos e grupos historicamente discriminados.

Compreende-se que o recorte proposto atende a uma perspectiva funcional e pragmática relacionada à Ciência Processual, orientando a sistematização e a aplicação pragmática de remédios processuais inclusivos, além de evitar o indesejado tratamento das vulnerabilidades identitárias pela via única dos remédios redistributivos.

Sobreleva referir, por fim, em termos de delimitação de análise, que este estudo não pretende esgotar todas as hipóteses de adequação da técnica processual relacionadas a cada um dos grupos vulneráveis aqui suscitados, tarefa invencível que não contribuiria para a extração de um fio de racionalidade comum envolvendo a tutela jurisdicional destes indivíduos. A proposta, ao invés, é compilar os principais remédios afirmativos que se relacionam à tutela jurisdicional de grupos identitários marginalizados, projetando uma aplicação sistemática das técnicas desvendadas em favor de milhares de cidadãos vulneráveis que batem cotidianamente às portas do Poder Judiciário em busca de acesso (adequado) à Justiça.

Acima de tudo, que este seja um trabalho útil para o cotidiano dos foros. É o que humildemente se deseja.





## PARTE I – TUTELA JURISDICIONAL

### CAPÍTULO 1 – TUTELA JURISDICIONAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E ESPÉCIES

#### 1.1 BREVES NOTAS SOBRE AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E A SUA INFLUÊNCIA SOBRE A NOÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL

Para certo consenso doutrinário acerca da existência de três fases metodológicas da Ciência Processual: a fase privatista (immanentista ou sincrética), a fase autonomista (conceitual ou científica) e a fase instrumentalista.<sup>1</sup> Cada um destes períodos representam, à luz das linhas evolutivas do Direito Processual Civil, manifestações dos valores políticos, sociais e culturais de sua época, merecendo, portanto, uma análise historicamente contextualizada.

Para os desideratos deste trabalho, relevante se faz investigar como estes paradigmas científicos influenciaram a concepção de tutela jurisdicional ao longo do tempo. Mais ainda, importa responder em que medida a tutela jurisdicional dos direitos foi banida do estudo do Direito Processual, assim como a razão desta categoria ter recuperado seu lugar de destaque frente à processualística moderna.

##### 1.1.1 A ruptura com a categoria da tutela jurisdicional: a passagem do sincretismo ao autonomismo processual

A fase privatista ou sincrética representa a etapa embrionária do desenvolvimento da Ciência Processual, período caracterizado pela identidade entre direito material e direito processual, fenômenos jurídicos então disciplinados pelo regramento de Direito Privado. Assim concebidos, processo e direito material eram indissociados, faces de uma mesma moeda, podendo-se conceituar este como mero modo de exercício daquele.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>2</sup> Inspirado neste ideal sincrético é que se desenvolve a caduca concepção de processo enquanto *direito adjetivo*, isto é, algo que só se explica mediante a aderência a algo substantivo (o direito material). Criticando este posicionamento, Galeno Lacerda asseverava que tal se revelaria tão impróprio quanto definir o “piano enquanto adjetivo da música”. LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 8**. 7. ed. Rio de

A fase privatista perdurou durante todo o Direito Romano – período das *legis actiones, per formulas e extraordinaria cognitio*<sup>3</sup> – atravessando também o Direito canônico medieval,<sup>4</sup> até iniciar sua derrocada em meio ao Estado Moderno.<sup>5</sup> Beira a ingenuidade, contudo, supor que ao longo destes quase dezenove séculos a noção de processo tenha comportado o mesmo significado.<sup>6</sup> Ao contrário, à ideia de processo foram agregadas novas funcionalidades.<sup>7</sup> Ainda assim, há uma nota característica que une o período sincrético em torno de uma mesma concepção: a ausência de autonomia científica do direito processual em relação ao direito material.

Nesta esteira, o procedimento mantinha-se funcionalmente orientado à representação do direito material em estado dinâmico. Não havia, portanto, qualquer razão técnica para distingui-los, sendo o processo o próprio procedimento, exteriorizado pela sucessão de atos materiais concatenados rumo ao provimento final (*pro-cedere*). A seu turno,

---

Janeiro: Forense. 1998. p. 23.

<sup>3</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>4</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico – história e direito vigente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>5</sup> Em terras brasileiras, o privatismo atuou sob a influência do processo civil lusitano, especialmente durante os períodos colonial e monárquico (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), deixando sua marca mesmo após a independência brasileira, como são exemplos o Regulamento nº 737/1850, que disciplinava as relações processuais por meio de simples decreto regulamentar (ao passo que as regras de direito material eram disciplinadas por lei), e o Código Civil de 1916, que recepcionava a teoria imanentista da ação em seu artigo 75 (“a todo direito corresponde uma ação que o assegura”).

<sup>6</sup> Basta imaginar, para espantar este entendimento, que o Direito Romano sequer cogitava das noções de “direito subjetivo” ou “inafastabilidade da jurisdição”. Segundo Dinamarco, a própria *actio* significou inicialmente o mesmo que *actus* e representava os atos necessários para obter a execução de um julgamento ou a decisão de um ponto controvertido. Depois é que o vocábulo foi tomando um sentido mais substancial, aproximando-se ao que para nós se designa por direito subjetivo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 101.

<sup>7</sup> “Entre 1250 e 1667, aproximadamente, a aplicação judicial do direito baseava na lógica da argumentação cunhada por Aristóteles e reclamava a igualdade entre o juiz e as partes (ordem simétrica ou isonômica). O que interessava era o *iudicium* e não o processo. O direito processual civil era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização maior. Constituía assunto e interesse da praxe judiciária, não havia ainda regulamentação estatal. A segunda fase era ainda sincrética, de modo a caracterizar o direito processual como direito adjetivo, sem existência autônoma. Começa aí a intervenção do Príncipe (*Code Louis* de 1667) na esfera processual e uma mudança de perspectiva quanto à lógica mais formalizada (*Petrus Ramus* ou *Pierre de La Ramée*) e a ter, em certo momento, um papel completamente passivo (processo liberal do século XIX), em que predomina o positivismo como método de pensamento. O processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples forma de resolução de conflitos, mera sequência ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento. A jurisdição tinha por função a realização de direitos subjetivos, com nítida matriz privatista. A ação era confundida com a *actio*, compreendida como inflamação do próprio direito subjetivo quando violado. O proceduralismo dominava o horizonte do processo civil, visto como simples apêndice do direito material”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18-19.

o tema da tutela dos direitos unia-se à ideia de jurisdição,<sup>8</sup> atividade então impulsionada pela ação, que tinha no processo o modo de exercício da tutela de direitos subjetivos privados.<sup>9</sup>

A ruína do sincretismo se inicia em meio ao Estado Liberal, período de forte oposição à irresponsabilidade monárquica e apego à legalidade estrita. Envoltos em tais valores, a Escola da Exegese trouxe os ideais de completude e neutralidade às regras processuais, inspirando-se na Codificação Napoleônica. O positivismo jurídico, a seu turno, garantia as bases epistemológicas para o hermetismo do sistema, aniquilando qualquer possibilidade de interpretação que não encontrasse amparo na literalidade das formas lógico-gramaticais.<sup>10</sup> A ideia do juiz *bouche de la loi*<sup>11</sup> revelava exatamente a essência do período liberal, disseminando a proibição de interpretações judiciais aos textos legais.

O conceitualismo, por sua vez, contribuiu para um método interpretativo afastado da realidade mundana, consolidando um cientificismo voltado à elaboração de categorizações teóricas. Todo este panorama influencia decisivamente a noção de procedimento, o qual, desprendendo-se da legislação de direito material,<sup>12</sup> agarrou-se à literalidade das formas, renegando o praxismo.<sup>13</sup> Este movimento conhecido como procedimentalismo propunha a máxima liberdade dos litigantes a partir da limitação do poder estatal, formando, assim, um ideal de procedimento único, desautorizando qualquer forma de equiparação concreta das situações de desigualdade fática entre os indivíduos.

No tocante à tutela dos direitos, prevalecia a noção de metamorfose do direito material em relação ao direito de ação (*Klagerecht*), ao passo que, na perspectiva pandectista, a ação mantinha-se conceituada como a “faculdade colada ao direito material”.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> “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 a lesão ao direito), a jurisdição como sistema de tutela de direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício de direitos (*jus quod sibi deveatur, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condição pouco participativa do juiz”. DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo...**, op. cit., p. 18.

<sup>9</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 354.

<sup>10</sup> “A mera observação e descrição da norma constituem o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito. O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** São Paulo: Abril cultural, 1973.

<sup>12</sup> Neste sentido o Título III do Código Civil Napoleônico: *Des différents manières dont on acquiert la propriété.*

<sup>13</sup> OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil...**, op. cit., p. 85

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: **Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL,

Esta situação histórica somente começa a mudar após o famoso embate envolvendo Bernhard Windscheid e Theodor Muther na Alemanha.<sup>15</sup> Influenciado pela discussão entre os romanistas Oskar von Bülow desenvolve em 1868 a obra “*Die Lehre von den Prozeßinreden und die Prozeßvoraussetzungen*”,<sup>16</sup> advogando a existência de uma relação jurídica de direito processual distinta da relação jurídica de direito material, a qual evidenciaria uma trilogia própria de sujeitos (*judicium est actus trium personarum*) e pressupostos específicos, independentes da relação de direito material discutida pelas partes. Pouco tempo depois na Alemanha, Adolf Wach inauguraria a concepção de ação enquanto "direito público autônomo concreto", contribuindo, assim, para o estabelecimento das bases do chamado publicismo processual, que via na ação um direito prestacional autônomo, agora deduzido em face do Estado.<sup>17</sup> O debate chegou posteriormente à Itália pela pena de Giuseppe Chiovenda, o qual, porém, veio a sustentar a ideia de direito de ação não como uma prestação, mas um “poder de provocar a jurisdição em face do adversário (e não do Estado-juiz), atuando a vontade concreta da lei”.<sup>18</sup>

Em torno das construções operadas por Bülow (relação jurídica processual) e Wach (ação enquanto direito público autônomo), ergue-se a segunda fase metodológica da Ciência Processual, denominada de autonomista, científica ou processualista, caracterizada por um movimento de independência do direito processual em relação ao direito material e pela consolidação da disciplina processual como ramo do Direito Público. A partir daí, edificam-se os pilares para a fundação de uma ciência processual genuína, afastada dos influxos privatistas da fase anterior e voltada à construção de uma epistemologia própria, livre dos empréstimos privatistas anteriores.<sup>19</sup>

---

Guilherme Rizzo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 86.

<sup>15</sup> Possível inferir que a polêmica entre os romanistas teve grande importância para a evolução do direito processual, sendo responsável, a um só tempo, (i) por plantar a semente do cientificismo processual, (ii) inaugurar a discussão em torno do direito público de ação, (iii) projetar o conceito material de pretensão (*Anspruch*) e (iv) acirrar a disputa teórica em face das concepções unitária e dualista do ordenamento jurídico. Sobre a polêmica entre Windscheid e Muther, conferir: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. ***Polemica sobre la “actio”***. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.

<sup>16</sup> BÜLOW, Oskar von. ***La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales***. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtstein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

<sup>17</sup> Cf. WACH, Adolf. ***Handbuch des deutschen Civilprozessrechts***. Leipzig: Duncker & Humblot, 1886.

<sup>18</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. ***Instituições de direito processual civil. Vol. 1***. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 42.

<sup>19</sup> “A teoria do processo, como já se notou, vivia antes de empréstimos, porque recebia suas noções fundamentais de outras ciências: a jurisdição – do direito constitucional, a ação – do direito civil. Com o afirmar da autonomia da ação, com o conceito da relação processual, com o elaborar da concepção objetiva da jurisdição, firmaram-se as bases duma ciência que – estribada na consideração duma nova estrutura jurídica da sociedade – enfeixa os seus conceitos, segundo um ponto de vista unitário e as suas necessidades lógicas e práticas”. CHIOVENDA, Giuseppe. ***Instituições de direito processual civil. Vol. 2***. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 21.

Apesar do inegável avanço científico que a fase autonomista rendeu ao Direito Processual, auxiliando na cristalização de conceitos jurídicos processuais, verifica-se um expressivo abandono do estudo do procedimento nesta fase metodológica, muito em razão de uma indevida associação do instituto às características do período sincrético anterior.

O próprio conceito de Bülow, aliás, é ilustrativo deste afastamento, pois, ao conceber o processo enquanto relação jurídica abstrata, nega qualquer dimensão procedimental à noção de processo.<sup>20</sup> A preocupação da doutrina, ao invés, recaía sobre o desenvolvimento de um conceitualismo puro, abstrato e independente do direito material. A fórmula procedimental estamparia apenas o meio, ou melhor, os atos, esquemas e fórmulas exteriores ao processo.

Paralelamente, o paradigma positivista, orientado pela busca da “segurança jurídica” e da “igualdade formal”, projetava uma autoridade metódica que impedia a adaptação do procedimento às necessidades concretas das partes, aderindo expressamente à neutralidade judicial interpretativa. Todo este isolamento científico acabou conduzindo o processo a um distanciamento da realidade concreta das pessoas “de carne e osso”,<sup>21</sup> encobrendo, sob o véu da autoridade metódica<sup>22</sup> e da burocracia procedimental, uma vontade política orientada à manutenção do *status quo*, sem qualquer compromisso com a isonomia substancial.

Especificamente em relação à tutela dos direitos, a fase autonomista foi responsável por proscrever, em definitivo, a temática dos estudos de Direito Processual. Nesta senda, a doutrina clássica recusava-se a aceitar a tutela jurisdicional dos direitos como objeto do Direito Processual, preferindo, ao invés, cogitar de um suposto interesse de agir, este ligado ao instituto jurídico da ação. Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, o repúdio radical à ideia da tutela de direitos permitiu aos juristas do início do século XX a afirmação de que esta cuidaria de uma “ridícula superfetação”, a qual se resolveria na perspectiva da “tutela da tutela”, isto é, na “tutela de interesses preponderantes perante a ordem jurídica”.<sup>23</sup>

Com efeito, a passagem da fase sincrética para a fase autonomista do Direito Processual representou a ruptura científica com a categoria da tutela jurisdicional, instituto que permaneceu adormecido durante o período em destaque.

---

<sup>20</sup> Como explicam Cintra, Grinover e Dinamarco, “o procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”, ao passo que o processo seria a entidade abstrata que une os sujeitos processuais e os vinculam ao Estado-juiz. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 275.

<sup>21</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 431.

<sup>22</sup> Sobre o uso da técnica e da autoridade metódica como ideologia: HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1987.

<sup>23</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 355.

### 1.1.2 A retomada científica da categoria da tutela jurisdicional: o instrumentalismo

O tecnicismo exacerbado e o afastamento da realidade social cultuados pela fase científica conduziram à revolta dos fatos contra as regras positivadas, evidenciando a necessidade de reaproximação dos planos material e processual, como forma de confrontar à neutralidade estatal perante os problemas sociais.

Reacende-se, na segunda metade do século XX, o senso de injustiça decorrente das desumanidades praticadas nas duas grandes guerras, fato histórico que impulsionou a reconstrução teórica do Direito em torno da dignidade da pessoa humana, imprimindo mudanças nos ordenamentos jurídicos (positivação de direitos fundamentais) pela influência externa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A metodologia pós-positivista, por sua vez, marcada pelo reconhecimento da força normativa das Constituições,<sup>24</sup> introduziu uma revolução<sup>25</sup> jurídica que pode ser compreendida a partir de três eixos principais: i) teoria da norma, ampliada para alcançar também os princípios jurídicos; ii) teoria das fontes, em que a Constituição passa a ser fonte imediata de direitos e garantias; iii) teoria da interpretação,<sup>26</sup> responsável por oferecer um novo horizonte hermenêutico a partir da distinção entre texto e norma. Simultaneamente, inaugura-se um movimento global pela democratização do acesso à justiça no mundo ocidental, o qual vai alcançar ambos os sistemas jurídicos da modernidade (*civil e common law*).<sup>27</sup>

No campo da Ciência Processual, todas estas transformações impulsionam a eclosão de uma terceira fase metodológica denominada instrumentalista, responsável por compreender o processo não por sua autonomia e cientificidade, mas sim em função dos

<sup>24</sup> HESS, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

<sup>25</sup> “[...] a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser a fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração da teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo para passar do paradigma da interpretação para a compreensão para a da compreensão para a interpretação”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38. Uma explicação detalhada desta modificação pode ser também encontrada em BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>26</sup> Por todos, ver GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. No Brasil, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1988. Ver também: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

resultados produzidos enquanto método estatal de pacificação social. Sob a ótica instrumentalista, portanto, o processo civil vale menos pelo que é e mais pelo que produz.<sup>28</sup>

Como bem sintetiza Mauro Cappelletti, o direito processual não seria um fim em si mesmo, mas instrumento voltado ao objetivo da tutela do direito substancial, à luz de sua efetividade. A técnica do processo, portanto, deveria se conformar à particular natureza do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos correlatos. Como conclui o processualista italiano: “tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade”.<sup>29</sup>

No Brasil, dentre outros, Dinamarco foi um dos grandes expoentes desta vertente metodológica,<sup>30</sup> ao sustentar que a instrumentalidade objetivaria reconduzir a jurisdição ao centro da epistemologia processual, projetando, no processo, a perspectiva necessária para o alcance de escopos do Estado Constitucional, identificados pelos prismas sociais (pacificação com justiça e educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do ordenamento jurídico) e jurídicos (atuação da vontade concreta do direito).<sup>31</sup> A partir de

<sup>28</sup> Sob este enfoque, o processo seria técnica, concebida em função do direito material, não em função de si mesma. Por isso se trata de um instrumento, ou seja, de meio, ferramenta ou utensílio, que deve ser interpretado, adequado e orientado para a solução empírica dos litígios advindos do direito material. Neste sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. II. Trad. Hermes Zanetti Jr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2010, p. 31-32.

<sup>30</sup> Os principais vetores do instrumentalismo são assim concebidos por Dinamarco: i) o processo não deve ser visto apenas em seu ângulo interno, mas também em sua perspectiva deontológica, isto é, comunicativa com as demais ciências e orientada pelos valores ético-constitucionais; ii) a concepção constitucional do processo condensa as propostas instrumentalistas, permitindo a visualização de dois sentidos vetoriais, quais sejam as relações Constituição-processo (tutela constitucional das regras processuais) e processo-Constituição (tutela processual das normas constitucionais); iii) a jurisdição, enquanto expressão de um dos poderes estatais, deve ser conduzida ao centro da discussão científico-processual, abandonando-se a ação enquanto polo metodológico irradiador do sistema; iv) o processo, pensado enquanto sistema, deve instrumentalizar-se para atingir as finalidades da jurisdição, a qual persegue escopos sociais (pacificação com justiça e educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do ordenamento jurídico) e jurídicos (atuação da vontade concreta do direito); v) a assunção desta metodologia de trabalho reestrutura a técnica processual, que passa a ser vista como a pré-disposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais, permitindo igualmente extrair um duplo sentido da instrumentalidade, orientada tanto para a negativa do processo enquanto fim em si mesmo (*dimensão negativa*), quanto pela busca da efetividade e o atingimento dos escopos propostos (*dimensão positiva*); vi) o binômio *direito-processo*, embora represente planos jurídicos distintos, está interligado pelos escopos político-sociais, devendo, portanto, sofrer uma relativização, assumindo-se ainda a existência de pontos de estrangulamento do sistema (condições da ação, disciplina da prova e responsabilidade patrimonial); vii) a efetividade processual, peça chave de um processo funcionalmente orientado à busca de resultados, impõe a reformulação de regras de admissão em Juízo, do modo de ser do processo, dos critérios de julgamento e da utilidade dos provimentos; viii) a ideia de acesso à justiça, constitui a síntese do raciocínio instrumentalista, coordenado no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e dotado da maior produtividade alcançável. DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo...**, op. cit., p. 149-307.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 149-219.

uma perspectiva deontológica, a técnica processual passa a recusar um enfeixe em si mesma (dimensão instrumental negativa), reestruturando-se em busca de resultados almejados (dimensão instrumental positiva).<sup>32</sup> A efetividade torna-se então peça-chave para a compreensão do Direito Processual.

Como se percebe, a perspectiva instrumentalista canalizou muitas das exigências políticas e sociais da segunda metade do século XX, transportando cientificamente para a disciplina processual uma preocupação de resultado (efetivação do direito material). É, ainda, na fase instrumentalista que se cogita de um direito ao procedimento, isto é, direito à adequação da técnica ritual, o qual se orienta à realização dos objetivos perseguidos pelo direito material. O procedimento, segundo esta perspectiva, passa a ser encarado enquanto forma, que podia se desenvolver tanto pela via ordinária, quanto pelas vias especializadas, estas últimas preordenadas tecnicamente à produção de tutelas jurisdicionais diferenciadas. Ganha fôlego, inclusive, a discussão em torno da adaptabilidade do procedimento, à luz das necessidades evidenciadas pelo direito material levado a juízo.

No que toca à tutela jurisdicional, seu resgate na doutrina contemporânea sintoniza-se à fase instrumentalista, seja a partir da relativização operada entre o binômio direito-processo,<sup>33</sup> seja em razão das preocupações políticas, sociais e jurídicas inauguradas com um “processo civil de resultados”.

Daí porque já se afirmou, que o retorno do tema à processualística moderna constitui legítimo desdobramento do postulado da instrumentalidade do processo,<sup>34</sup> tratando-se de “visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material”.<sup>35</sup>

Como se verá em linhas ulteriores, o instrumentalismo não esgota o estudo da tutela jurisdicional, apenas o retoma. Hoje o tema deve ser apreendido à luz da perspectiva

---

<sup>32</sup> Abandonada enquanto polo irradiador do sistema, a ação também suportou as influências do instrumentalismo, reaproximando-se do direito material. Pela pena de Liebman desenvolveu-se a teoria eclética, cujos contornos científicos encaravam a ação como o direito público subjetivo de obter um julgamento de mérito, condicionado, todavia, ao preenchimento de determinadas condições – interesse de agir, legitimidade “ad causam” e possibilidade jurídica do pedido –, as quais seriam aferidas em face da relação substancial deduzida em juízo. Para Liebman, as condições da ação representavam verdadeiros filtros ao julgamento de mérito, cuja ausência macularia o próprio direito de demandar, erguendo-se enquanto impediendo ao direito de provocar a jurisdição. Assim, a constatação da ausência destas condicionantes seria passível de conhecimento em qualquer fase do processo, inclusive mediante instrução probatória, autorizando-se, igualmente, a instauração de incidente processual específico para análise destas condicionantes. CF. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual. Vol I.** Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203-213.

<sup>33</sup> BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 31-32.

<sup>34</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil moderno...**, op. cit., p. 353

<sup>35</sup> BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 37.



constitucional de processo, tema este que, porém, será explorado com maior detalhamento no segundo capítulo desta pesquisa.

## 1.2 A TUTELA JURISDICIONAL ENQUANTO ESPÉCIE DO GÊNERO TUTELA DOS DIREITOS

Etimologicamente, o termo tutela deriva do radical latino “*tueor*”, “*tueri*”, o qual remete a “ver”, “olhar”, “observar” ou, figuradamente, “zelar”, “velar”, “vigiar”.<sup>36</sup> Em termos semânticos, o verbo tutelar geralmente vem empregado no sentido de “proteger”, “amparar”, “defender” ou “assistir”, sendo possível cogitar de dois significados jurídicos mais correntes: ora designando instituto do Direito Familiar, que remete à assistência destinada a crianças e adolescentes que não contam com a guarda dos pais (tutela civil), ora remetendo ao próprio amparo que o Estado ministra aos direitos, mediante o exercício da jurisdição. Neste último sentido costuma-se qualificá-la de jurisdicional.

Apesar destes usos rotineiros, o termo tutela jurisdicional situa-se em um círculo mais amplo de significado, constituindo em verdade espécie do gênero tutela dos direitos.<sup>37</sup> Com efeito, diante da proibição da autotutela, modalidade primitiva de proteção de interesses privados, exsurge o dever-poder estatal de conferir proteção às posições jurídicas atribuídas aos cidadãos pelo ordenamento jurídico, corolário do monopólio da jurisdição.<sup>38</sup>

Há, todavia, diversas formas pelas quais o Estado realiza a tutela dos direitos, as quais alcançam, para além da atividade jurisdicional, as atividades executiva e legislativa. Em sentido lato, portanto, é possível pensar em quatro modalidades de tutela dos direitos, ligando-se a primeira às excepcionais hipóteses de tutela privada<sup>39</sup> (autotutela) e as demais às atividades legislativa (tutela normativa), executiva (tutela administrativa) e judiciária (tutela jurisdicional).

<sup>36</sup> ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

<sup>38</sup> “O Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais por meio de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. Por isso, há tutela normativa, tutela administrativa e tutela jurisdicional dos direitos”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 289. Neste sentido, também Bueno: “[...] ‘tutela jurisdicional’ é a proteção, a salvaguarda, que o Estado deve prestar naqueles casos em que ele, o próprio Estado, proibiu a ‘autotutela’, a ‘justiça pelas próprias mãos’. A ‘tutela jurisdicional’, neste sentido, deve ser entendida como a contrapartida garantida pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares na exata medida em que uma tal atribuição faça-se necessária por alguma razão”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

<sup>39</sup> Reconhecendo que o cumprimento de obrigação inserida no ordenamento de direito material por particular implica espécie de tutela privada espontânea do direito, conferir: DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. Milão: Giuffrè, 1987, p. 19-21. No Brasil: CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Estudos sobre o processo e a**

Também assumindo esta diferenciação, Dinamarco conceitua a tutela jurídica como a “proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”.<sup>40</sup>

A partir desta conclusão, o professor das Arcadas elabora sua classificação da tutela jurídica a partir dos planos estático e dinâmico.<sup>41</sup> No primeiro, estariam as atividades estatais de agrupamento e valoração abstrata de certas categorias de fatos que sucedem na vida em sociedade (*fattispecie*), estabelecendo requisitos e condições pelas quais um indivíduo ou grupo situa-se em situação de vantagem ou desvantagem perante a norma. A tutela normativa resumiria a atividade estatal de fixação de normas de convivência e atribuição abstrata de bens, consubstanciando hipótese de tutela estática. Já no segundo plano estariam atividades estatais de implementação e amparo a direitos, atuantes diante de omissão, transgressão ou ameaça jurídica, estas voltadas a produzir resultados concretos na vida das pessoas. Tais seriam, respectivamente, as tutelas administrativas e jurisdicionais, ambas assumindo formas de tutela dinâmica.

A partir das lições acima ventiladas, é possível pontuar que a tutela jurisdicional consubstancia uma espécie de tutela jurídica, referindo-se ao amparo que, por obra da jurisdição, o Estado presta às pessoas e aos direitos materiais, via processo.

### 1.3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

#### 1.3.1 A tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade jurisdicional

Segundo a doutrina, a tutela jurisdicional pode ser conceituada como o resultado que a atividade jurisdicional exerce sobre o direito material e as relações humanas. Em outras palavras, ela seria responsável por reunir os efeitos – práticos e jurídicos<sup>42</sup> – que a atuação judicial exerceria no plano fático-substancial. Referido conceito não se confunde com a missão estatal de julgar conflitos (jurisdição), com o direito de ingresso em juízo (ação) ou mesmo com os meios procedimentais que instrumentalizam esse resultado (processo).<sup>43</sup> Assim pensada, a

---

**Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 32-33.

<sup>40</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 362-363.

<sup>41</sup> Ibid., p. 365.

<sup>42</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: DPF Editora, 2006, p. 24.

<sup>43</sup> Sobre o tema, expõe Alexandre Freitas Câmara: “[...] não se pode confundir os conceitos de jurisdição e de tutela jurisdicional. Sendo a jurisdição uma função do Estado, todos têm direito a que a mesma seja prestada.

tutela jurisdicional dialoga diretamente com o plano do direito material, constituindo direito à efetiva reparação pela lesão ou dano sofrido, ou mesmo à imunização contra a ameaça perpetrada.<sup>44</sup>

Diverge, entretanto, a doutrina sobre o alcance e a extensão do conceito da tutela jurisdicional. Didaticamente, a controvérsia pode ser avaliada à luz de dois planos distintos: i) extensão subjetiva, que procura investigar os sujeitos alcançados pelo resultado da atividade jurisdicional (ou seja, a quem ela se destina); ii) extensão objetiva, que tem por escopo elucidar o objeto sobre o qual recai a atividade jurisdicional (ou seja, a quem ela se destina).

### *1.3.1.1 Extensão subjetiva*

Nos limites da dimensão subjetiva, isto é, dos sujeitos alcançados pelo resultado da atividade jurisdicional, é possível verificar a existência de uma primeira corrente que afirma tratar-se a tutela jurisdicional do resultado da atividade jurisdicional favorável ao vencedor. Segundo esta concepção, só teria direito à tutela jurisdicional a parte que efetivamente encontrasse amparo no ordenamento jurídico, visualizando-se, portanto, o fenômeno a partir do ângulo de quem tem razão.

Assim, embora autor e réu tenham direito à ação, ao processo e à atuação da jurisdição, apenas um dos participantes processuais tem direito à tutela jurisdicional, eis que somente ao vencedor é confiado o bem da vida reconhecido pela jurisdição.

Embora não tenha trabalhado a questão com maior profundidade, Enrico Tullio Liebman deixa clara sua adesão a esta concepção de tutela jurisdicional. Segundo ele, “só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente”.<sup>45</sup> Conforme o processualista italiano, a principal distinção entre “direito à tutela jurisdicional” e “direito de ação” estaria no fato de o primeiro estar limitado ao amparo conferido pelo Poder Judiciário no plano do direito material, restando o segundo contido no direito a uma sentença de mérito (procedente ou improcedente).<sup>46</sup>

Seguindo posicionamento semelhante, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a tutela jurisdicional representaria “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação de vida amparada pelo direito

---

Nem por isso todos têm direito à tutela jurisdicional”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil. Vol. 1.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 83.

<sup>44</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 94.

<sup>45</sup> LIEBMAN, **Manual de direito processual civil...**, op. cit., p. 195.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 196.

substancial”.<sup>47</sup> Estaria, assim, reservada “aqueles que efetivamente estejam amparados pelo direito material”.<sup>48</sup> Em sua visão, a tutela jurisdicional dirigir-se-ia ao réu somente quando rejeitada a pretensão do autor, oportunidade em que eliminada a possibilidade de discussão a respeito do direito material então declarado inexistente.<sup>49</sup> Concordam com essa concepção Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,<sup>50</sup> Humberto Theodoro Jr.,<sup>51</sup> Bruno Garcia Redondo,<sup>52</sup> Daniel Hertel<sup>53</sup> e Welder Queiroz dos Santos.<sup>54</sup>

Na mesma direção veleja Cândido Rangel Dinamarco, ao sugerir que “só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material”.<sup>55</sup> Nesta toada, o autor chega a afirmar que a ideia de tutela proveniente de uma sentença que rejeita a pretensão configura um “*non sense* jurídico”, ante a expressa negativa jurisdicional acerca do direito sobre o bem da vida pretendido. Conforme seu raciocínio, os direitos de ação e de tutela jurisdicional não se confundiriam, pois, ao oferecer aos jurisdicionados a “arma da ação”, a lei processual lhes “concederia somente o meio, mas não asseguraria o fim”, estando, de outra banda, a tutela jurisdicional ligada ao resultado útil da experiência processual.<sup>56</sup> O processualista esclarece ainda que sua visão de tutela jurisdicional não incorpora o conduto – leia-se: o processo –, muito embora estejam os institutos intimamente relacionados, à luz de uma perspectiva instrumentalista de processo.

<sup>47</sup> BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 45.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>49</sup> “o ato judicial cognitivo que rejeita a pretensão do autor confere tutela jurisdicional ao réu, pois elimina definitivamente a possibilidade de discussão a respeito daquele direito considerado inexistente. [...] A sentença de improcedência reconhece que o autor não tem direito à tutela jurisdicional, pois não possui interesse juridicamente protegido pelo ordenamento. Tal provimento, todavia, confere tutela ao réu, na medida em que lhe assegura o direito à integridade de sua esfera jurídica. Embora não tenha ele direito subjetivo, tem interesse na não-ofensa à sua esfera jurídica, interesse passível de proteção por meio da tutela jurisdicional”. BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 42.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. São Paulo: Forense, 2008, p. 105.

<sup>51</sup> “distingue-se, portanto, a prestação da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito”. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 154. Em outra obra, assevera o autor que há tutela jurisdicional “quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte”. THEODORO JR., Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 2.

<sup>52</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Tutela jurisdicional, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, set. de 2010, p. 321.

<sup>53</sup> “[...] basta o resultado no plano do direito material para ser considerada prestada a tutela jurisdicional tanto ao autor, como ao réu. Essa conceituação alinha-se às diretrizes contemporâneas do direito processual de aproximação do processo ao direito e à realização do escopo jurídico da jurisdição”. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2006, p. 66.

<sup>54</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 40.

<sup>55</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 377.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 377.

Há, contudo, uma nota característica no pensamento de Dinamarco que o diferencia dos autores previamente analisados: o autor opera uma sistematização de um quadro de situações jurídicas que determinam a intensidade instrumental da tutela jurisdicional ao longo do processo, denominada por ele de escalada de situações jurídicas.<sup>57</sup> Segundo advoga, a tutela jurisdicional constituiria o grau mais elevado dessa escala, que iria da mera faculdade de ingresso em juízo, passaria pela ação e pelo direito ao provimento de mérito, até alcançar à efetiva tutela do direito material.<sup>58</sup> Assim, somente o autor faria jus à tutela jurisdicional plena,<sup>59</sup> destinando-se ao réu tutela jurisdicional de menor intensidade.<sup>60</sup>

Uma segunda corrente, porém, sustenta que a tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade jurisdicional se dirigiria não apenas ao vencedor, mas também ao vencido no processo. Ambos os polos da relação processual estariam, assim, incorporados diante do resultado produzido. O próprio Dinamarco, aliás, ao aceitar uma escalada instrumental de situações jurídicas, não deixa de incorporar a ideia do resultado em favor do vencido, muito embora lhe atribua a pecha de “tutela jurisdicional de menor intensidade”.<sup>61</sup> Este

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 374-377. Com este posicionamento, concordam José Roberto dos Santos Bedaque e Heitor Vítor Mendonça Sica, conforme: BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 36; SICA, Heitor Vítor Mendonça. **O direito de defesa no Processo Civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 28-29.

<sup>58</sup> É possível verificar na doutrina de Dinamarco uma constante preocupação em se evitar, à luz da temática da tutela jurisdicional, o *processo civil do autor*, de modo que “não se pode negar que também o vencido receba alguma tutela mediante o processo [...] negá-lo seria incompatível com as premissas do Estado-de-direito e com os racionais sentimentos democráticos que estão à base dos sistemas jurídicos contemporâneos”. DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 368.

<sup>59</sup> “Fala-se em tutela jurisdicional plena para designar aquela de maior intensidade, que diz respeito ao modo como legítimas pretensões são acolhidas e efetivamente satisfeitas mediante a realização do processo e segundo os cânones do direito substancial”. Ibid., p. 370.

<sup>60</sup> Em obra destinada ao estudo da execução civil, o processualista evidencia que: i) todos têm faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; ii) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; iii) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 367-368.

<sup>61</sup> “não se pode negar que também o vencido receba alguma tutela mediante o processo, ao cabo dele ou mesmo durante ele. [...] O vencido recebe a tutela consistente em não restar sacrificado além dos limites do justo e do razoável para a efetividade da tutela devida ao vencedor. [...] Extinto porém o processo de conhecimento ou o executivo sem produzir seu resultado ordinário (CPC, arts. 267, 329, 618 etc.), nem por isso ficou-se sem conceder tutela alguma: o demandado, liberando-se do vínculo que a própria pendência processual representa, passa a uma situação melhor que aquela que durante o curso do processo existia. Tal é também uma tutela”. DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 368-370.

posicionamento de Dinamarco é compartilhado por Rogério Aguiar Munhoz Soares<sup>62</sup> e por Rodolfo de Camargo Mancuso.<sup>63</sup>

Outros autores, porém, até por adotarem uma concepção mais dilatada do tema, estendem indistintamente a categoria da tutela jurisdicional ao vencedor e ao vencido.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero reconhecem tanto ao réu quanto ao autor o direito à tutela jurisdicional.<sup>64</sup> Restringem, entretanto, o alcance deste direito à tutela do direito material, aduzindo que “o direito de defesa, ao contrário do direito de ação, não pode ser pensado como um direito à obtenção da tutela do direito material”.<sup>65</sup> Segundo os autores do Sul, embora faça jus à tutela jurisdicional, aqui compreendida enquanto resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes,<sup>66</sup> o réu careceria propriamente do direito à tutela jurisdicional do direito material, cabendo-lhe, tão somente, influir e eventualmente desfrutar da negativa de tutela do direito material dirigida à parte autora.<sup>67</sup>

Flávio Luiz Yarshell reconhece que o Estado presta verdadeira tutela jurisdicional ao vencido, embora compreenda que o faça de forma diversa àquela dirigida ao vencedor. Assim, seja pelo ângulo jurídico (certeza decorrente da declaração judicial), seja pelo ângulo social (pacificação), “a superação da controvérsia, e mesmo a estabilidade do regramento

---

<sup>62</sup> “A tutela jurisdicional seria o resultado do processo em que essa função se exerce através das decisões tomadas pelos juízes. Ou seja, não se confunde com a decisão, porque lhe é exterior. Será considerada plena quando conferida ao vencedor, embora haja tutela ao vencido, de menor intensidade, até pela própria existência do processo e da observância das garantias legalmente previstas”. SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada. Tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 122.

<sup>63</sup> “Obviamente, descabe conceber a tutela jurisdicional apenas sob o prisma do autor, mas, dada a igualdade das partes no processo, também o réu pode se beneficiar de tal tutela, assim quando formula pedido reconvenicional (CPC, art. 343 e parágrafos) ou argui uma questão prejudicial de mérito (CPC, art. 503, parágrafos e incisos), como ainda quando a ação vem a ser julgada improcedente, porque, do ponto de vista prático implica o reconhecimento judicial de que a imputação feita ao réu pelo autor (v.g. o inadimplemento da obrigação) era infundada, não mais podendo o réu ser demandado pelo mesmo fundamento, por conta da coisa julgada material (CPC, art. 502). Dito de outro modo, a decisão de improcedência opera, em face do réu, como fora uma ação declaratória negativa (CPC, art. 19 e incisos), que resultou acolhida”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 81.

<sup>64</sup> “[...] o juiz, ao proferir sentença, qualquer que seja o seu resultado, necessariamente confere tutela jurisdicional ao autor e ao réu”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 307.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>67</sup> “[...] É claro que o direito de defesa, assim como o direito de ação, não constitui direito a uma sentença favorável. Além disso, do mesmo modo que o direito de ação, o direito de defesa não pode ser reduzido a um direito à solução do litígio. Mas o direito de defesa, ao contrário do direito de ação, não pode ser pensado como um direito à obtenção da tutela do direito material. O réu não tem direito à tutela do direito. Ao exercer o direito de defesa, o réu não objetiva tutela do direito, mas apenas a tutela jurisdicional que negue a tutela do direito solicitada pelo autor. Ou seja, o réu, assim como o autor, tem direito à tutela jurisdicional, mas, ao contrário do autor, não possui direito à tutela do direito”. *Ibid.*, p. 347.

imposto pelo provimento estatal, significam formas de tutela também para o vencido”.<sup>68</sup> Consequência disso seria, por exemplo, no processo de execução, admitir a tutela em favor do executado independentemente de embargos do devedor ou mesmo o reconhecimento da aplicação do princípio da menor onerosidade ao patrimônio do devedor, ainda que mediante sacrifício da forma originalmente pretendida pelo autor.<sup>69</sup> Com a posição de Yarshell, concorda Fernanda Tartuce.<sup>70</sup>

Mais recentemente, Heitor Vitor Mendonça Sica defendeu que, ao postularem no processo, autor e réu solicitariam ao Estado-juiz a outorga da tutela jurisdicional,<sup>71</sup> não havendo, portanto diferença qualitativa entre o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor e o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu.<sup>72</sup> Segundo o processualista paulista, indistinta seria a tutela jurisdicional dirigida ao vencido, havendo em realidade variações de intensidade entre as tutelas jurisdicionais prestadas.<sup>73</sup>

Todos estes posicionamentos evidenciam o quão rico é o debate em torno da extensão subjetiva da tutela jurisdicional.

### ***1.3.1.2 Extensão objetiva***

Para a imensa maioria da doutrina que aceita o direito à tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade jurisdicional, os efeitos práticos e jurídicos produzidos com a atuação judicial teriam por objeto a tutela do direito subjetivo material, referindo-se, portanto, ao “resultado” que a atividade judiciária surte no plano do direito material.

Partindo desta concepção, uma primeira corrente compreende a extensão objetiva da tutela jurisdicional enquanto o resultado efetivamente produzido e suportado pelo direito material.

---

<sup>68</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 32. Este posicionamento já havia sido manifestado pelo autor em obra anterior, a saber: YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declarações de vontade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 19-20.

<sup>69</sup> O autor ainda traz como exemplo a tutela cautelar “[...] supera-se qualquer dificuldade em falar de tutela jurisdicional cautelar, sem que, para tanto, seja preciso recorrer à ideia de um direito substancial de cautela, ou que seja admitida a atuação (direta) do direito material por essa forma de processo”. Ibid., p. 33-34.

<sup>70</sup> “não há como afastar a conclusão sobre a existência de tutela para ambas as partes no processo, sejam elas ao final reconhecidas como vencedora ou vencida”. TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 111.

<sup>71</sup> SICA, **O direito de defesa no Processo Civil brasileiro...**, op. cit., p. 57.

<sup>72</sup> Note-se, contudo, que o autor reconhece a existência de diferença entre ação e defesa no que tange à iniciativa processual (momento do exercício do direito de ação). Ibid., p. 49.

<sup>73</sup> Ibid., p. 36.

Nesta perspectiva, José Roberto dos Santos Bedaque afirma não existir identidade de escopos entre as partes e o juiz no tocante ao processo,<sup>74</sup> afinal enquanto as partes buscam a proteção de seus interesses, o juiz atua com o escopo de fazer atuar a lei, tendo a pacificação como consequência necessária. Diante desta distinção, conclui que a tutela jurisdicional deve ser compreendida como a tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Em suma, estaria a técnica processual a serviço de seu resultado.<sup>75</sup>

Humberto Theodoro Jr. é ainda mais categórico ao afirmar que o fator que caracteriza a atividade jurisdicional é a “tutela ao direito daquele que, no conflito, se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica”. Segundo propõe o autor, “tutelar os direitos, portanto, é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela”.<sup>76</sup> Com esta visão ainda concordam Daniel Hertel,<sup>77</sup> Robson Godinho<sup>78</sup> e Rogério Aguiar Munhoz Soares.<sup>79</sup>

Doutro giro, Cassio Scarpinella Bueno chama a atenção para a circunstância de que a tutela jurisdicional engloba tanto o “tipo” de proteção solicitada ao Estado-juiz (pedido imediato), quanto os efeitos práticos resultantes no plano do direito material, o que justificaria o pedido de exercício da função jurisdicional (pedido mediato).<sup>80</sup>

Outro interessante posicionamento é compartilhado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a tutela jurisdicional poderia ser definida como o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando sempre a proteção do patrimônio jurídico. Ocorre, porém, que esta atividade protetiva poderia recair tanto sobre o direito material, quanto sobre o direito processual, como *verbi gratia* ocorre em relação às ações rescisórias de sentenças e às ações declaratórias negativas.<sup>81</sup> Sem abandonar, portanto, a ideia de tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade

<sup>74</sup> BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 36.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>76</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 613.

<sup>77</sup> “na verdade, a concepção de tutela jurisdicional a partir do resultado obtido no processo no plano do direito material é a mais adequada [...]”. HERTEL, **Técnica processual e tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 63.

<sup>78</sup> “em razão da instrumentalidade e da efetividade do processo, que deve estar preocupado com o resultado, a tutela jurisdicional se confunde com a proteção do direito violado ou ameaçado de violação. [...] O conceito de tutela jurisdicional em nossa opinião, portanto, é formulado a partir da ideia de tutela de direitos”. GODINHO, Robson Renault. **Tutela jurisdicional diferenciada e técnica processual**. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (coord.). **Temas atuais de tutelas diferenciadas. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 740.

<sup>79</sup> SOAREZ, **Tutela jurisdicional diferenciada...**, op. cit., p. 122.

<sup>80</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 267.

<sup>81</sup> OLIVEIRA, **Teoria e prática da tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 108.



jurisdicional, o autor gaúcho incorpora ao lado da tutela dos direitos materiais o prisma da tutela de direitos processuais.

Na outra ponta da linha, Cândido Rangel Dinamarco oferece uma dimensão inovadora à extensão objetiva da tutela jurisdicional, a qual, segundo o processualista, não objetivaria somente a tutela de direitos, mas também a tutela das pessoas. Isso não significa, conforme ensina o autor, que não haja tutela de direitos subjetivos ou que o processo não se volte à preservação do ordenamento jurídico. Esta restrição da extensão objetiva seria insuficiente a legitimar o processo no quadro das instituições republicanas, o qual teria na tutela da pessoa humana o fator legitimante de todas as normas jurídicas. Logo, só seria legítimo cuidar da tutela aos instrumentos na medida em que se predisponham meios destinados à efetiva tutela do homem.<sup>82</sup> É possível vislumbrar no pensamento de Dinamarco o raciocínio precursor daquilo que se pretende conceituar futuramente como a dimensão humanista da tutela jurisdicional.<sup>83</sup>

Com a visão de Dinamarco concorda Flávio Luiz Yarshell, quando acena que “reconhecer a existência de uma tutela do processo é também reconhecer que existe uma tutela dos sujeitos que integram a relação jurídica processual”.<sup>84</sup>

### 1.3.2 A tutela jurisdicional enquanto meios ordenados à consecução do resultado

Ampliando os horizontes antes fixados, outra corrente doutrinária sustenta que a tutela jurisdicional compreenderia, para além do resultado substancial gerado no plano do direito material, também os meios processuais ordenados à consecução desta atividade. Incorpora, assim, a dimensão do procedimento e das técnicas processuais ao conceito de tutela jurisdicional, deslocando o foco de análise do resultado produzido no plano do direito material para os meios predispostos à realização do direito material.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, p. 381.

<sup>83</sup> Do que se tem notícia, o termo foi inicialmente utilizado por Ricardo de Barros Leonel, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

<sup>84</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 31.

<sup>85</sup> Imperioso salientar que há críticas a esta forma de pensar. Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira esclarece que incluir no conceito de tutela jurisdicional o meio implica elasticê-lo demasiadamente, fato que não contribui, segundo o autor, para a compreensão do tema face à sua generalização. OLIVEIRA, **Teoria e prática da tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 105. Munhoz Soares, a seu turno, acena: “parece-nos inconveniente formular conceito tão amplo de tutela jurisdicional, para quase confundi-lo com o princípio do devido processo legal e seus desdobramentos (princípios, garantias e regramentos)”. SOARES, **Tutela jurisdicional diferenciada...**, op. cit., p. 122-123. Também Hertel: “com efeito, não se pode admitir a conceituação da tutela jurisdicional a partir da noção de meio. Por outras palavras: a expressão ‘tutela jurisdicional’ não pode ser empregada para caracterizar os meios processuais postos à disposição do jurisdicionado. Esses meios não constituem a essência da tutela, que se relaciona a outra noção: a de resultado

Conhecida, sob o prisma aqui considerado, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a qual adota quatro premissas bem delineadas: i) a garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF/88), vista enquanto direito fundamental de eficácia vertical, assume perante o Estado Constitucional a dimensão de um dever estatal de prestação da tutela jurisdicional aos direitos materiais, o que determina sua realização de forma tempestiva, adequada, efetiva e mediante processo justo;<sup>86</sup> ii) a tutela jurisdicional só se apresenta constitucionalmente adequada,<sup>87</sup> quando a técnica processual (procedimento, sentença e meios executivos) é capaz de outorgar efetividade à tutela do direito material; iii) o direito à tutela jurisdicional deve ser pensado a partir das necessidades do direito material, cumprindo ao legislador estruturar o procedimento e predispor técnicas processuais a partir da realidade prática; iv) tal dever, porém, também se estende ao magistrado, a quem cumpre adequar os meios processuais predispostos sempre que uma omissão procedimental impedir a adequada tutela do direito material.<sup>88</sup>

Para Marinoni, portanto, enquanto o processo é o “procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”,<sup>89</sup> o direito à tutela jurisdicional incorpora “o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos), capaz de permitir a efetiva proteção do direito material”.<sup>90</sup>

Segue pelo mesmo caminho Cassio Scarpinella Bueno ao sugerir que a compreensão da tutela jurisdicional não pode deixar de lado os meios necessários ao atingimento do resultado das decisões proferidas ao longo do processo.<sup>91</sup> Idêntico posicionamento é adotado por Fabrício Boeckel.<sup>92</sup>

Vendo o tema de maneira mais ampliada, Flávio Luiz Yarshell não apenas admite a perspectiva dos meios ordenados à consecução do resultado, como elastece a abrangência da

---

no plano do direito material. [...] A incorporação dos meios postos à disposição do jurisdicionado no conceito de tutela jurisdicional é, ademais, desnecessária. Esses instrumentos, ou seja, esses meios postos à disposição do jurisdicionado, já estão assegurados pelo princípio do devido processo legal. Assim, é de bom alvitre que não se mescle o conceito de tutela jurisdicional com o de devido processo legal”. HERTEL, **Técnica processual e tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 64-65.

<sup>86</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 247.

<sup>87</sup> “entende-se, atualmente, que há um direito à adequada tutela jurisdicional, constitucionalmente garantido”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

<sup>88</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 157-158

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 440.

<sup>90</sup> MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos...**, op. cit., p.119-120.

<sup>91</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 271.

<sup>92</sup> “[...] a tutela jurisdicional é prestada obrigatoriamente através do processo, instrumento destinado a realizar certos fins, é verdade, mas tudo de acordo com as técnicas em geral pré-estabelecidas, intimamente ligadas a esse resultado”. BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

locução tutela jurisdicional para além do resultado do processo. Com efeito, “a tutela pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem, e bem ainda nos ‘princípios’, ‘regramentos’ ou ‘garantias’ que lhe são inerentes”.<sup>93</sup>

Doravante, o autor correlaciona o conceito de tutela jurisdicional com a garantia do devido processo legal,<sup>94</sup> concluindo que a previsão e a atuação de princípios, regramentos ou garantias processuais “representam inegável forma de tutela, não apenas em favor da parte em relação a seu adversário, mas inclusive em favor da parte em confronto com o próprio Estado, que exerce o poder”.<sup>95</sup> A exemplificar seu raciocínio, cita às tutelas jurisdicionais diferenciadas e às tutelas específicas, as quais não cogitam apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução deste resultado.<sup>96</sup>

Teori Albino Zavaski, igualmente, aceita que o conceito de tutela jurisdicional “está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade”, de modo que prestar a tutela jurisdicional – compreendida enquanto proteção que deve ser conferida aos jurisdicionados – significa, em última análise, “formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais do que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos”.<sup>97</sup>

No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que sua “proposta é considerar que haja tutela jurisdicional nesses dois quadrantes (meio e fim), embora seja bem mais intensa aquela outorgada ao vencedor”.<sup>98</sup>

Em linhas gerais, estas são as principais lições sobre a tutela jurisdicional na doutrina processual brasileira, podendo-se divisar entre aqueles que admitem a tutela

<sup>93</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 27.

<sup>94</sup> “não há como negar que o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de tutela”. Ibid., p. 29.

<sup>95</sup> Ibid., p. 30.

<sup>96</sup> O autor ainda acrescenta as técnicas de antecipação de tutela e as medidas executivas, meios que estão ligados essencialmente à ideia de procedimentos adequados à natureza da relação material controvertida, assim como à efetividade processual. Ibid., p. 28.

<sup>97</sup> ZAVASKI, **Antecipação da tutela...**, op. cit., p. 06.

<sup>98</sup> SICA, **O direito de defesa no processo civil brasileiro...**, op. cit., p. 36. Em outro trabalho, situando o problema da conceituação da tutela jurisdicional no plano metodológico do direito de ação, ensina o autor: “não há como negar que essa disputa repete enfoque que remonta à polêmica teórica em torno do conceito de ação. A primeira corrente acentua a relevância do *meio* (o processo), aproximando-se da teoria abstrata; a segunda enaltece o resultado da atividade jurisdicional, com tons nitidamente concretistas; e a última tenta conciliar as posições contrastantes, seguindo método próximo ao da teoria eclética. [...] Assim filiamo-nos à terceira corrente, por ser a que concilia todos os elementos em exame e por considerar indissociável a predisposição de meios aos litigantes para influir na decisão judicial dos resultados que se pode esperar da atividade jurisdicional”. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 446.

jurisdicional tão somente enquanto resultado da atividade jurisdicional e aqueles que, para além desta dimensão dos efeitos práticos produzidos, também admitem a dimensão dos meios preordenados a consecução destas finalidades.

Por derradeiro, à título de debate acadêmico, convém registrar que este autor não enxerga utilidade prática na classificação trinária do conceito de tutela jurisdicional, a qual inclui, ao lado da tutela jurisdicional vista enquanto resultado e meio, uma corrente mista, que compreende o instituto enquanto meio e resultado.

Com efeito, inexistente posição doutrinária que defenda uma definição de tutela jurisdicional exclusivamente sob o prisma dos meios colocados à disposição do jurisdicionado (puramente processual). Esta suposta corrente, geralmente atribuída ao pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, não revela verdadeiramente o entendimento do autor,<sup>99</sup> uma vez que o próprio processualista deixa claro que “é óbvio que o conceito de tutela dos direitos deita raízes no plano do direito material. Jamais se pretendeu sustentar – nem se poderia – o inverso”.<sup>100</sup> Inconvincente, portanto, acusá-lo de confundir atividade jurisdicional com tutela jurisdicional.<sup>101</sup>

A propósito, como lembra Cassio Scarpinella Bueno, restaria absolutamente esvaziado o significado da tutela jurisdicional caso esta fosse compreendida tão somente a partir do plano processual, uma vez que de nada adianta declarar que um direito é digno de tutela, se esta proteção não se evidencia “efetiva, realizada, concretizada, atuada sobre o direito que está ‘fora’ do processo”.<sup>102</sup>

Nesta senda, conclui-se que todos os autores que se orientam pelo conceito ampliado de tutela jurisdicional para alcançar também os meios preordenados à consecução do direito material assumem, inexoravelmente, a dimensão dos resultados da atividade jurisdicional para fins de definição da tutela jurisdicional.

---

<sup>99</sup> Neste sentido: SICA, **Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil...**, p. 445; HERTEL, **Técnica processual e tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 59-60.

<sup>100</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 163. Igualmente: “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem”. MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos...** op. cit., p. 120-121.

<sup>101</sup> HERTEL, **Técnica processual e tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 59.

<sup>102</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 267.

## 1.4 ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

### 1.4.1 A tradicional classificação tripartite (tutelas cognitiva, executiva e cautelar)

As delimitações conceituais da tutela jurisdicional enquanto meio ordenado a fazer atuar a jurisdição e enquanto resultado produzido no plano material nos auxilia a compreender a tradicional classificação da tutela jurisdicional em cognitiva e executiva.

Segundo Piero Calamandrei, não seria mera casualidade o fato de a justiça estar simbolicamente representada portando uma balança e uma espada, eis que a defesa do direito através da jurisdição não se esgotaria no arrazoado do juiz, necessitando, para converter-se em realidade “que por detrás da balança do julgador estivesse a espada do executor”.<sup>103</sup>

Essa visão da jurisdição que referenda o juiz como um historiador lógico, a quem cumpre reconstruir os fatos do passado declarando a vontade da lei por meio da sentença, e o executor como um agente prático da realidade, detentor da atividade de satisfação material da obrigação fixada no título executivo após a imunização da coisa julgada, ilustra um passado processual civil comprometido com os ideais liberais de Estado, o qual via na perspectiva bifocal da jurisdição (cognição-execução) a chave para a resolução de todos os conflitos sociais.

Sob este prisma, a atividade jurisdicional estaria dividida em duas classes bem definidas: de um lado, existiriam atividades voltadas a certificar a existência do direito material afirmado, atraindo, portanto, um juízo de conhecimento; de outro, atividades seriam desenvolvidas para tornar efetivo o direito material já certificado, fenômeno que atrairia providências práticas de modificação da realidade. A prestação do primeiro conjunto de atividades se resumiria à tutela jurisdicional cognitiva e a segunda à tutela jurisdicional executiva.<sup>104</sup>

Com o passar do tempo, porém, um *tertium genus* foi acrescido a essa classificação: a tutela jurisdicional cautelar. Esta teria por escopo providência voltada a garantir tanto a tutela de conhecimento quanto a tutela de execução, não se vinculando propriamente à satisfação do direito material.<sup>105</sup> A tutela cautelar se destinaria a assegurar o curso eficaz e o resultado útil das outras duas formas de tutela, concorrendo indiretamente para a consecução dos objetivos gerais da jurisdição.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, p. 167.

<sup>104</sup> ZAVASKI, *Antecipação da tutela...*, op. cit., p. 07.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 08-09.

<sup>106</sup> LIEBMAN, *Manual de direito processual. Vol I...*, op. cit., p. 277.

Assim, as tutelas de conhecimento, executiva e cautelar constituem as tradicionais espécies de tutela jurisdicional trabalhadas pela doutrina clássica,<sup>107</sup> epicentro em torno do qual o legislador inclusive edificou a estrutura do sistema processual civil brasileiro.

De acordo com a versão original do Código Processual de 1973, para obtenção da tutela do direito no plano material, o cidadão necessitava lançar mão de duas espécies de tutelas jurisdicionais (tutela jurisdicional cognitiva e tutela jurisdicional executiva), então viabilizadas por ações autônomas (ação condenatória e ação executiva), podendo ainda se valer, em casos de risco à efetividade do provimento jurisdicional, de uma terceira espécie, imposta como solução para assegurar o resultado útil do processo (tutela jurisdicional cautelar).

As tutelas jurisdicionais cognitivas ainda seriam classificadas em declaratória, constitutiva e condenatória. A primeira prima pelo saneamento das chamadas crises de certeza, visando eliminar dúvida objetiva acerca da existência ou modo de ser de uma relação jurídica. Já a segunda tem por finalidade instituir, alterar ou extinguir uma situação jurídica no plano de direito material, dependendo seus efeitos jurídicos do provimento jurisdicional, o qual poderia dar origem à constituição de ordem positiva ou negativa (tutelas constitutivas ou desconstitutivas). Por fim, a terceira vincula um direito à prestação, que, combinado à tutela executiva posterior, destina-se a sanar a chamada crise de adimplemento.

#### **1.4.2 Críticas à classificação trinária**

Atualmente, não é difícil perceber a artificialidade da classificação tripartite da tutela jurisdicional. Aliás, mesmo sob o prisma do Código Processual de 1973, as sucessivas ondas reformistas ocorridas sobre o plano processual enfraqueceram a classificação trinária da tutela jurisdicional, sobretudo em virtude do sincretismo adotado no lugar da rígida separação entre as atividades cognitivas e executivas.

Tal panorama pode ser temporalmente apreendido com a reforma das ações de fazer ou não fazer (Lei nº 8.952/1994), das ações de entregar coisa (Lei nº 10.444/2002) e das ações de pagar quantia (Lei nº 11.187/2005). Assim, o que antes configurava exceção destinada a alguns procedimentos especiais (ações sincréticas) agora torna-se regra à luz do sincretismo do procedimento comum.

---

<sup>107</sup> Segundo Liebman, “no sistema do direito processual, todavia, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie e à natureza do provimento pedido. Por esse ponto-de-vista, as ações distinguem-se em três categorias: a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares. Ibid., p. 213.

Em razão desta transformação, parcela considerável da doutrina passou a tecer críticas à classificação trinária da tutela jurisdicional, compreendendo que, ao lado dos provimentos condenatórios, constitutivos e declaratórios, coexistiam provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, enfoque doutrinário que referendava, em certa medida, a classificação de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.<sup>108</sup> Parcela doutrinária passou então a classificar as sentenças em cinco espécies distintas (classificação quinária).<sup>109</sup>

Em suma, é possível sintetizar seis argumentos críticos voltados à classificação trinária da tutela jurisdicional.

Primeiro, a construção tripartite leva em consideração somente o meio – leia-se a ação e o provimento jurisdicional – como critério para a classificação da tutela jurisdicional, desconsiderando a dimensão dos efeitos práticos que a atividade jurisdicional produz no plano material. Desconsidera, ademais, a necessária conjugação instrumental entre as eficácias processual e material do provimento final.<sup>110</sup>

Segundo, já na versão originária do Código Processual de 1973, esta classificação apresentava sinais de sua relatividade, abrigando diversos exemplos de provimentos jurisdicionais com eficácias distintas ou combinadas, ora vinculando espécies de tutela executiva na fase de conhecimento ou tutelas cognitivas na fase de execução, ora vinculando tutelas cautelares em ambas destas fases.<sup>111</sup>

Terceiro, a tipologia apresenta-se incongruente em termos de delimitação conceitual, afinal denomina como cognitivo os provimentos jurisdicionais, quando, na realidade, cognitiva seria a atividade jurisdicional (meio) dirigida a conhecer das questões materiais afirmadas.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações. Tomo I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 33.

<sup>109</sup> Em posição isolada, Ada Pellegrini Grinover chegou a sustentar uma classificação quaternária das sentenças, adotando as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* e abolindo as sentenças condenatórias à luz das reformas operadas pela Lei nº 11.232/2005. GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da sentença. *In:* RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 123.

<sup>110</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 150.

<sup>111</sup> É possível citar, de acordo com o professo gaúcho: i) o acolhimento de alegação de prescrição ou decadência do direito do autor na ação cautelar, implicando julgamento definitivo sobre o direito material afirmado, revelava hipótese de tutela cognitiva na ação cautelar; ii) as providências urgentes determinadas pelo juiz durante a suspensão do processo configuravam espécie de tutela cautelar na ação de conhecimento; iii) o conhecimento de matérias nas exceções de pré-executividade (ex: nulidade do título executivo) evidenciava situação de tutela cognitiva na ação de execução; iv) a ação de depósito implicava medidas executivas prévias à própria atividade cognitiva; dentre inúmeros outros exemplos. ZAVASKI, **Antecipação da tutela...**, op. cit., p. 09-12.

<sup>112</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 150.

Quarto, ao deixar de promover a efetiva entrega do bem ao credor, a tutela condenatória revela uma autonomia ilógica do provimento jurisdicional, desvinculando-se da noção instrumental em relação ao direito material. Aliás, sequer se poderia cogitar de verdadeira tutela jurisdicional do direito, ante a inexistência de um direito à condenação no plano substancial.<sup>113</sup> Note-se que, ao meramente reconhecer o direito prestacional por meio da tutela cognitiva, o provimento jurisdicional transforma-se em singela exortação para que o vencido cumpra voluntariamente a obrigação reconhecida na sentença. Tal equivale a dizer: não é a sentença que presta verdadeira tutela ao direito, mas sim o réu.<sup>114</sup>

Quinto, a funcionalidade da classificação tornou-se anêmica a partir da adoção do sincretismo processual, fenômeno que reuniu as atividades cognitivas e executivas no mesmo procedimento, conforme reformas operadas pelas Leis nº 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.187/2005 na Codificação de 1973.

Sexto, inadequado incluir a tutela cautelar ao lado das tutelas cognitivas e executivas, uma vez que o critério da natureza da atividade jurisdicional (binômio cognição-execução) também se revela presente na tutela cautelar, a qual igualmente labora a partir de ações cognitivas e executivas no bojo dos expedientes de cautela. Na verdade, como pontuava Teori Albino Zavaski, a tutela cautelar constitui espécie de tutela provisória que se contrapõe à tutela definitiva e não, propriamente, às tutelas cognitiva ou executiva.<sup>115</sup>

A todas estas imperfeições some-se a impropriedade da classificação em função do direito constitucional de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inc. XXXV), o qual congrega, em razão de sua multifuncionalidade, a promessa de uma tutela jurisdicional plena (tempestiva, adequada e efetiva), englobando a oferta de um conjunto de possibilidades tutelares ao longo do procedimento, as quais seriam exercitáveis de modo simultâneo, sucessivo ou mesmo eventual.

Em suma, superada estaria a funcionalidade da classificação tripartite (conhecimento, execução e cautelar), ao menos no que tange à especificação da tutela jurisdicional.

---

<sup>113</sup> “Como é óbvio, ninguém possui, no plano do direito material, pretensão à tutela condenatória. Aliás, tal suposição, por si só, é uma heresia, pois a sentença condenatória não é uma forma de tutela do direito”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 308.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>115</sup> ZAVASKI, **Antecipação da tutela...**, op. cit., p. 16.



### 1.4.3 Outras classificações

A partir destas críticas, outras classificações ergueram-se na doutrina processual, todas dirigidas a promover maior aproximação entre o direito à tutela jurisdicional e a garantia de proteção do direito material.

Em relação à espécie do direito levado a juízo, tornou-se comum na doutrina a classificação das tutelas em individual e coletiva, estando a primeira a serviço das lesões e ameaças a direitos subjetivos, geralmente transportados ao processo por seus respectivos titulares (exceção das hipóteses legalmente autorizadas de legitimidade extraordinária), ao passo que a segunda estaria dirigida à tutela de direitos transindividuais, estes caracterizados pela indivisibilidade material do objeto e pela indeterminabilidade dos sujeitos, razão do patrocínio por legitimados extraordinários (ex: Lei de Ação Civil Pública).<sup>116</sup>

Já no âmbito executivo, destaca-se a classificação das tutelas em genérica e específica, adotando-se como critério distintivo a incidência ou não da tutela pelo equivalente monetário enquanto modalidade executiva. A tutela genérica, assim, consubstanciaria tutela por meio da qual o Estado efetiva o direito material, ainda que contrariamente à vontade do executado, substituindo a situação violada pelo equivalente em pecúnia. Tratar-se da tutela por expropriação, consoante expõe a doutrina italiana. De outra banda, a tutela específica visaria à própria restauração da situação violada no plano do direito material, geralmente levada a efeito por meio de técnicas de execução indireta, cuja coerção sobre a esfera da vontade do devedor induziria ao cumprimento voluntário da obrigação.<sup>117</sup>

<sup>116</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. Importante ainda, neste aspecto, a distinção promovida por Zavaski, no sentido da diferenciação da tutela de direitos coletivos (transindividuais) em relação à tutela coletiva de direitos (individuais). Segundo o autor: “compõem o universo do processo coletivo dois grandes domínios: o da tutela de direitos coletivos e o da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. A clareza a respeito da conceituação e da delimitação de cada um deles é pressuposto indispensável à adequada interpretação e compreensão de todo o subsistema. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação)”. ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 255. Sobre a jurisdição coletiva, conferir ainda: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>117</sup> Como lembra Dinamarco, na tutela específica, visa-se restaurar, direta e especificamente, o próprio direito sacrificado ou transgredido pelo obrigado, o que ocorre, *verbi gratia*, nas execuções para entrega de coisa ou obrigações de conduta; ao passo que, na tutela genérica ou inespecífica, propicia-se ao credor o equivalente em pecúnia, seja para dar efetividade a um crédito que originariamente já tivesse objeto monetário, seja para

No âmbito cautelar, a partir da inclusão da cláusula-geral de antecipação no ordenamento processual brasileiro (art. 273, do CPC/1973), diversas classificações da tutela jurisdicional passaram a habitar o cotidiano doutrinário, variando, evidentemente, a partir do critério distintivo utilizado. Assim, em função da definitividade do provimento jurisdicional, ou, como prefere Cassio Scarpinella Bueno, em função da necessidade de sua confirmação,<sup>118</sup> as tutelas jurisdicionais seriam classificadas em definitivas ou provisórias, destinando-se as primeiras “a afastar definitivamente a crise verificada no plano das relações da vida pela não atuação espontânea da regra de direito material” e as segundas “a possibilitar soluções urgentes e provisórias, a fim de que as primeiras possam servir como instrumento efetivo de aplicação das regras substanciais e de pacificação”.<sup>119</sup>

Por outro ângulo, em função da urgência, as tutelas podem ser classificadas como urgentes ou não urgentes, compondo o primeiro grupo as tutelas cautelares e antecipatórias e o segundo grupo as tutelas de evidência. No primeiro caso, ambas estas tutelas voltar-se-iam à imunização contra a ameaça causada pelo decurso do tempo no processo, estando as cautelares atreladas à garantia da eficácia da atividade jurisdicional e as antecipatórias à fruição imediata do bem jurídico pleiteado enquanto pedido imediato. Já na segunda hipótese, embora as tutelas jurisdicionais pudessem aguardar o desenrolar natural do procedimento comum, sem prejuízo ao direito material discutido (tutelas não urgentes), seria possível antecipar o bem jurídico pleiteado, em razão da pronta evidência do direito.

Por fim, na medida da indispensabilidade da caracterização do dano, classificam-se as tutelas em preventivas e repressivas (ou reparatórias), destinando-se a primeira ao oferecimento de proteção ou imunização contra uma ameaça a direito e a segunda à reparação por lesão ou dano praticado, ideia classicamente atrelada à tutela pelo equivalente monetário na modalidade executiva.

Quanto a este aspecto, conhecida a crítica de Luiz Guilherme Marinoni a respeito da tradicional classificação das tutelas jurisdicionais, compreendendo o autor que a ciência processual deveria priorizar uma classificação à luz do direito material, materializando-se nas tutelas inibitória, de remoção do ilícito; restitutória (específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa) e ressarcitória.<sup>120</sup>

---

restaurar ao menos a utilidade que o cumprimento específico daquelas obrigações teria produzido. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 4.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 510-511.

<sup>118</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 288.

<sup>119</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização).** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 258-259.

<sup>120</sup> MARINONI, **Técnica processual e tutela dos direitos...** op. cit., p. 199 e ss.

Com essa proposta concorda Cássio Scarpinella Bueno, para quem o artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Democrática de 1988 instituiu um novo paradigma acerca da tutela jurisdicional dos direitos, passando a exigir uma classificação consentânea a esta realidade, isto é, em função ou não da existência do dano.<sup>121</sup>

Como se pode verificar, o estudo contemporâneo da tutela jurisdicional demanda o aprimoramento das clássicas classificações doutrinárias, superando a atividade classificatória dos efeitos da sentença em todas as suas perspectivas (trinária, quaternária ou quinária).

Ademais, todas estas construções utilizadas para melhor se compreender a tutela jurisdicional, tendem a envolver tanto o plano dos resultados produzidos em relação ao direito material, quanto os meios preordenados à consecução dos fins colimados pelo processo, revelando um alinhamento metodológico à conceituação anteriormente trabalhada.

Nenhuma destas classificações, porém, ganhou tamanho destaque quanto a que divisa a tutela jurisdicional em tradicional (ou comum) e diferenciada, razão de seu tratamento em separado.

## 1.5 TUTELAS JURISDICIONAIS DIFERENCIADAS

Como bem lembra Leonel, a premissa fundamental para o estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas recai sobre a problemática da efetividade do processo, preocupação que desde Mauro Cappelletti gravita em torno da necessidade de se atribuir maior eficiência ao Direito Processual Civil, tornando-o, de fato, instrumento adequado ao cumprimento de seus escopos no contexto jurídico.<sup>122</sup>

Referida inquietude acerca do aprimoramento do processo implica um repensar das técnicas, procedimentos e meios ordinariamente dispostos à garantia do resultado da atividade jurisdicional, permitindo um tratamento diferenciado dos conflitos civis à luz do menor dispêndio de tempo e recursos possíveis.

Quando se cogita, portanto, de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, está a se pensar em uma multiplicidade de métodos e expedientes processuais que, afastando-se dos procedimentos ordinários e das técnicas comuns, permitem uma tutela mais adequada, tempestiva e eficiente dos direitos. Como ensina Armelin, “a vinculação do tipo de prestação à

---

<sup>121</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 275-276.

<sup>122</sup> LEONEL, **Tutela jurisdicional diferenciada...**, op. cit., p. 11

sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tónus de efetividade”.<sup>123</sup>

Dificuldade existe, todavia, na delimitação conceitual das tutelas jurisdicionais diferenciadas, não sendo possível cogitar de consenso doutrinário a respeito do assunto. Sobre o ponto, indispensável uma análise da doutrina italiana.

### 1.5.1 A contribuição da doutrina italiana

Paira certa harmonia na doutrina de que foram os estudos de Proto Pisani os responsáveis por inaugurar a temática das tutelas jurisdicionais diferenciadas no Direito Italiano, sobretudo a partir das investigações operadas pelo autor em relação ao Direito do Trabalho.<sup>124</sup> Partindo de um viés instrumentalista, isto é, de renúncia à neutralidade do procedimento e da valorização da técnica para lidar com as necessidades do direito material, o professor da Universidade de Florença chamava a atenção ainda em 1973 para a obviedade de se *diferenciar* a tutela jurisdicional, porquanto “[...] *la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e dele loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela dele situazioni di vantaggio*”.<sup>125</sup>

Para Proto Pisani, porém, a expressão tutela jurisdicional diferenciada seria altamente equívoca, útil a designar tanto a predisposição de procedimentos especiais de cognição plena e exauriente voltados à tutela de situações substanciais controversas, quanto formas típicas de tutela sumária, nestas inseridas as tutelas cautelares e as não cautelares. Frente à necessidade de delimitar o seu alcance, o autor acabou restringindo sua análise às hipóteses de tutelas vinculativas de técnicas de cognição sumária, admitindo (i) tutelas diferenciadas derivadas de procedimentos de cognição sumária não cautelar e (ii) tutelas derivadas de procedimentos de cognição sumária cautelar.

Relevante perceber, a partir desta distinção, que Proto Pisani liga a diferenciação da tutela jurisdicional à técnica da sumarização cognitiva,<sup>126</sup> conveniência metodológica que se

<sup>123</sup> ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, jan./mar., 1992, p. 45.

<sup>124</sup> Cf. PISANI, Andréa Proto. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*. Studi di diritto processuale del lavoro. Milano: Giuffrè, 1977; PISANI, Andréa Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, nº 4, 1979.

<sup>125</sup> PISANI, Andréa Proto. *Breve premessa a um curso sulla Giustizia Civile. Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Carucci, 1982, p. 11-12.

<sup>126</sup> É bem verdade, porém, que a especificação da tutela jurisdicional pela sumarização da cognição já encontrava amparo nas linhas de Chiovenda, que a verificava em relação às “ações executivas sumárias” e aos “procedimentos sumários”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 3. Trad.

desenvolve a partir de três justificativas precisas: i) esquivar-se do custo da cognição plena; ii) assegurar efetividade às situações de direito material não patrimoniais; iii) previne o abuso do direito de defesa pelo réu.<sup>127</sup>

Os estudos de Pisani exerceram grande influência sobre a doutrina italiana posterior, podendo-se perceber a presença de sua linha de raciocínio nas doutrinas de Adolfo Di Majo,<sup>128</sup> Cristina Rapisarda,<sup>129</sup> além de Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo.<sup>130</sup> Para estes últimos autores, aliás, seria possível identificar duas dimensões essenciais a respeito da tutela jurisdicional: uma ligada à acessibilidade, ou seja, à exigência de remédios processuais acessíveis a todos e eficientes em termos de tempo, custo e atividade, garantindo-se ainda resultados adequados à natureza da situação carente de tutela; e outra ligada à funcionalidade, isto é, a tendência de se instituir procedimentos especiais que (i) ofereçam alternativa ao procedimento ordinário, (ii) satisfaçam as necessidades de urgência (tutela cautelar) e (iii) inaugurem técnicas executivas eficientes.<sup>131</sup>

Não importa aqui investigar com completude todos os aportes subsequentes da doutrina italiana relacionados à temática das tutelas jurisdicionais diferenciadas, mas sim apurar o quanto a doutrina brasileira se apropriou desta concepção de diferenciação referendada por Pisani, aproximando o instituto da técnica de sumarização cognitiva.

### 1.5.2 A tutela jurisdicional diferenciada na doutrina brasileira

Como lembra Donaldo Armelin, ao menos dois posicionamentos podem ser adotados a respeito da conceituação de tutela jurisdicional diferenciada.<sup>132</sup> O primeiro, toma como referência a tutela *per se*, isto é, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte conforme a espécie de necessidade do direito material veiculada. O segundo, doutro giro, diferencia a tutela jurisdicional pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental e pela possibilidade de antecipação de seus efeitos, de sorte a diferenciá-las em relação às técnicas tradicionalmente adotadas. Nesta segunda perspectiva, o foco geralmente recai sobre o

---

J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

<sup>127</sup> PISANI, Andrea Proto. *Problemi dela c. d. tutela giurisdizionale differenziata. Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982, p. 315-316.

<sup>128</sup> DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993.

<sup>129</sup> RAPISARDA, Cristina. *Profili dela tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

<sup>130</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Vol I*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

<sup>131</sup> COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. Vol I...*, op. cit., p. 33-35.

<sup>132</sup> ARMELIN, *Tutela jurisdicional diferenciada...*, op. cit., p. 105.

instrumento processual, “cuja diversidade resulta das técnicas relativas ao procedimento de onde ela emerge e/ou do grau de cognição indispensável à sua efetivação”.<sup>133</sup>

É justamente neste segundo enfoque que a maioria da doutrina identifica o fenômeno da diferenciação de tutelas jurisdicionais, ou seja, com ênfase na necessidade de melhor distribuição do tempo do processo (tutelas de urgência – cautelares e antecipatórias), em sintonia com as técnicas de sumarização da cognição (especialização procedimental).

Ao conceituar tutela jurisdicional diferenciada, *exempli gratia*, Ada Pellegrini Grinover explica que esta “se contrapõe à obtida pelo procedimento ordinário”, contrariando a ideia de solução segura dos conflitos, de plenas garantias, da sentença de mérito e da estabilização da coisa julgada.<sup>134</sup>

Cândido Rangel Dinamarco chega a afirmar que todas as hipóteses de tutela jurisdicional diferenciada estariam relacionadas com direitos aos quais o legislador entendeu conveniente oferecer “soluções rápidas”, sem exigir as “delongas da cognição plena”.<sup>135</sup> Baseando-se nas lições de Chiovenda e Watanabe, o autor distingue as hipóteses de tutela jurisdicional incompleta de tutela jurisdicional superficial, aduzindo que “em certos litígios marcados pela necessidade ou conveniência de uma tutela jurisdicional particularmente tempestiva [...] o juiz é dispensado de realizar uma cognição plena, autorizando-se que se decida com fundamento em investigações menos acuradas”.<sup>136</sup>

Apesar de reconhecer plurivocidade na expressão tutela jurisdicional diferenciada, Humberto Theodoro Júnior também consente que o “ponto alto” da política de diferenciação de tutelas se situa especialmente no campo das chamadas tutelas de urgência, nelas compreendidas as medidas cautelares (conservativas) e as medidas de antecipação (satisfativas).<sup>137</sup> Desta forma, as tutelas diferenciadas “apresentam-se, invariavelmente, como

<sup>133</sup> Ibid., p. 109.

<sup>134</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, mar. 2005, p. 11.

<sup>135</sup> “tutela jurisdicional diferenciada é a proteção jurídica concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 811.

<sup>136</sup> Tal seria a cognição sumária, que se limita à investigação das alegações trazidas pelo autor, diferindo-se a momento futuro o exame dos fundamentos de defesa eventualmente admissíveis (ex: processo monitorio) ou contentando-se com o exame menos profundo das alegações a serem consideradas no julgamento (ex: processo nos juizados especiais). Na primeira hipótese ter-se-ia uma cognição sumária porque incompleta, isto é, carente de plenitude na extensão horizontal, ao passo que, na segunda, ter-se-ia uma cognição sumária porque superficial, relacionando-se à profundidade de uma investigação exauriente. DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I...*, op. cit., p. 261.

<sup>137</sup> THEODORO JR., Humberto. Estrutura e função no campo do Direito Processual – visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 17.

meios de regulação provisória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes”, distinguindo-se, neste passo, das tutelas comuns, “caracterizadas pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico”.<sup>138</sup>

Idêntico caminho percorre José Roberto dos Santos Bedaque, o qual aduz que embora a expressão tutela jurisdicional possa ser entendida de duas maneiras diversas, adotado o primeiro significado (procedimentos específicos de cognição plena e exauriente), o Código de Processo Civil brasileiro deveria conter um título próprio dedicado à tutela diferenciada, visto estarem regulados ali os procedimentos especiais. Maior interesse recairia, portanto, sobre as modalidades e técnicas de tutela sumária.<sup>139</sup> Neste sentido, igualmente, José Rogério Cruz e Tucci<sup>140</sup> e Antonio Carlos Marcato.<sup>141</sup>

Também Ricardo de Barros Leonel esclarece que as tutelas jurisdicionais diferenciadas devem ser compreendidas como a proteção prática e jurídica outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a “celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição”.<sup>142</sup> O processualista vai além, porém, ao ampliar o conceito de diferenciação originalmente proposto pela doutrina italiana, alcançando matérias suscetíveis e apreciáveis no plano da cognição horizontal. Segundo Leonel, estariam situados no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciadas todos os provimentos jurisdicionais emitidos mediante cognição restrita (incompleta), que poderiam se desenvolver mediante provimentos sumários de urgência (antecipatórias e cautelares) e provimentos sumários não cautelares (procedimentos especiais de cognição reduzida).

Para a maioria da doutrina brasileira, portanto, a sumariedade da cognição está umbilicalmente imbricada ao conceito de tutela jurisdicional diferenciada.

De outra banda, há autores que preferem restringir ao máximo o conceito de tutela jurisdicional diferenciada, ligando-o não apenas a “constituição de formas e resultados especiais da atuação jurisdicional”, mas também a situações de suprimento de carências exclusivas de determinados grupos de direito material. É o pensamento de Eduardo Talamini, que enxerga apenas no procedimento monitório uma verdadeira tutela jurisdicional diferenciada, seja em razão de sua especificidade (pretensões relativas a pagamento de soma

---

<sup>138</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 614.

<sup>139</sup> BEDAQUE, **Tutela cautelar e tutela antecipada...**, op. cit., p. 26.

<sup>140</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15.

<sup>141</sup> MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitório brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 27.

<sup>142</sup> LEONEL, **Tutela jurisdicional diferenciada...**, op. cit., p. 25.

em dinheiro ou entrega de bem fungível ou coisa determinada móvel), seja em razão da combinação de tutelas já existentes (declaratória, mandamental e executiva *lato sensu*).<sup>143</sup>

Com esta acepção discorda Rogério Munhoz Soares, para quem não haveria razão em se adotar uma concepção tão restrita de diferenciação da tutela jurisdicional, tampouco endossar a perspectiva de Proto Pisani no sentido de ligar toda e qualquer forma de diferenciação à sumariedade cognitiva.

Ampliando, portanto, os horizontes conceituais da tutela jurisdicional diferenciada, Soares entende que estas podem abranger tanto as tutelas veiculadoras de técnicas de sumariedade cognitiva, quanto outras possibilidades de especialização ou sumariedade que proporcionem diferenciação em relação ao procedimento comum. Redefinindo o conceito da expressão, o autor propõe uma dilatação do significado de diferenciação, aproximando-o de toda e qualquer “busca de superação das limitações genéticas do processo de conhecimento ordinário”,<sup>144</sup> o que acaba por incluir as tutelas executiva e mandamental, que tendem a promover modificações concretas no plano dos fatos.<sup>145</sup>

Vistas as principais conceituações doutrinárias brasileiras, percebe-se que, salvo raríssimas exceções, a maioria dos autores nacionais acata uma noção de tutela jurisdicional diferenciada em razão da sumariedade cognitiva, ora as associando às tutelas de urgência, ora às técnicas executivas e mandamentais. É possível verificar ainda, que a maioria das diferenciações da tutela jurisdicional admitidas pela doutrina guarda alguma sintonia com a ideia de aceleração do procedimento, buscando diminuir o tempo de duração do *iter* processual.

Conforme veremos no próximo capítulo, embora relevante, a tempestividade e a celeridade do procedimento não esgotam a diferenciação da tutela jurisdicional, assim como não eliminam a contemporânea esperança que recai sobre o instituto, no sentido de adequar a técnica processual às necessidades concretas das partes, em busca de um processo efetivo.

---

<sup>143</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória – A ação monitória – Lei 9.079/95**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 110-112.

<sup>144</sup> SOARES, **Tutela jurisdicional diferenciada...**, op. cit., p. 142.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 142.



## CAPÍTULO 2 – A TUTELA JURISDICIONAL NO DIREITO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

No primeiro capítulo, procurou-se efetuar-se um resgate teórico a respeito da categoria tutela jurisdicional, compreendendo sua evolução histórica, delimitação conceitual, espécies e classificações a partir das lentes da doutrina clássica.

Nesta segunda etapa do trabalho, objetiva-se introduzir algumas reflexões contemporâneas acerca da tutela jurisdicional, levando-se em consideração não apenas o estágio metodológico atual do Direito Processual Civil, como também as principais inovações operadas pela chegada de um novo Código de Processo (Lei nº 13.105/2015). Finaliza-se, por derradeiro, com uma mirada sobre a dimensão humanista da tutela jurisdicional, abrindo possíveis caminhos para a compreensão da tutela jurisdicional prestada às pessoas em situação de vulnerabilidade.

### 2.1 A CRISE DOS CLÁSSICOS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL

Em uma de suas últimas conferências, Ada Pellegrini Grinover chamou a atenção para a necessidade de se promover uma reestruturação conceitual acerca dos pressupostos metodológicos do processo civil clássico.<sup>146</sup>

Tinha razão a lente das Arcadas. Nas últimas décadas, é possível notar uma rara crise conceitual operada sobre os clássicos institutos fundamentais do processo civil (jurisdição, ação, defesa e processo), intensificada, sobretudo, pelo desenvolvimento científico de outras categorias processuais (v.g., a tutela jurisdicional, a cognição, os precedentes judiciais, etc.), cuja funcionalidade vem demonstrando maior adaptação aos fenômenos de nosso tempo.<sup>147</sup>

Em relação à jurisdição, trivial perceber que o instituto não pode mais ser alçado à categoria de centro metodológico do processo civil, tampouco definir-se como poder,<sup>148</sup> função

<sup>146</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho *et. al* (coord.). **Processo em Jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29.

<sup>147</sup> Em relação aos institutos da jurisdição e da ação, este autor já obteve a oportunidade de desenvolver algumas ideias relacionadas à reestruturação conceitual destas categorias, as quais seguem aprofundadas. Neste sentido, conferir: AZEVEDO, Júlio Camargo de. A jurisdição e a ação no CPC/2015: um olhar renovado sobre as categorias fundamentais do processo civil. *In*: SILVA, Franklyn Roger Alves. **O CPC 2015 e a perspectiva da Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 69-82.

<sup>148</sup> Realçando o poder de coerção do Estado na atuação da jurisdição, discorre Alfredo Rocco: “*scopo dela*

ou atividade.<sup>149</sup> Na justiça conciliativa (art. 3º, §§2º e 3º, CPC/2015), por exemplo, não há efetivo exercício de poder estatal, mas sim atividade consensual desenvolvida em equilíbrio pelas partes. Nestes casos, a autoridade do produto jurisdicional remete mais ao atendimento dos princípios da metodologia consensual<sup>150</sup> do que propriamente à manifestação de poder do Estado, “sendo observado pelo corpo social em razão dos objetivos de pacificação”.<sup>151</sup>

Ademais, muitas das características essenciais da jurisdição acabaram perdendo suas raízes na contemporaneidade, não sendo mais possível cogitar da presença obrigatória de lide<sup>152</sup> na citada justiça coexistencial, tampouco da noção de substitutividade<sup>153</sup> face à gestão cooperativa do processo (art. 6º, CPC/2015). A definitividade,<sup>154</sup> a seu turno, vê-se cada vez mais presente no âmbito do processo administrativo, o qual, por meio de fenômenos preclusivos vem alcançando resultados semelhantes aos obtidos pela *res judicata* no âmbito jurisdicional. Há, ademais, graus de definitividade na sistemática processual atual que, embora não se identifiquem com o instituto da coisa julgada, produzem efeitos ainda mais rígidos do que aqueles originalmente pensados à coisa julgada (como, v.g., ocorre em relação ao fenômeno da estabilização da tutela antecipada requerida na forma antecedente, conforme previsto no artigo 304 do CPC/2015). Mesmo a inércia,<sup>155</sup> nota característica da jurisdição, pende relativizada pelo papel cada vez mais proativo dos juízes na condução dos processos (art. 139, CPC/2015), assim como pelo perfil nomofilático das Cortes nos expedientes de uniformização da jurisprudência, resolução de conflitos repetitivos e aplicação sistemática do regime de precedentes (arts. 926 a 928, CPC/2015). Não há, ademais, inércia frente à justiça consensual.<sup>156</sup>

Todos estes fatores nos convidam a uma “profunda reflexão sobre o primeiro dos institutos fundamentais, e põem em dúvida sua aptidão atual para servir de fonte segura para a

---

*giurisdizione, dato questo presupposto, è quello di procurare il soddisfacimento di tale interesse, accertando il diritto del caso concreto, e intervenendo colla forza della sovranità dello Stato per il soddisfacimento di esso, anche senza o contro la volontà di colui, di fronte al qual la tutela è concessa”.* ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 8.

<sup>149</sup> Compreendendo a jurisdição como poder-função-atividade: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo...**, op. cit., p. 165.

<sup>150</sup> São eles: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, isonomia, boa-fé e busca do consenso.

<sup>151</sup> GRINOVER, **Revisitando a teoria geral do processo...**, op. cit., p. 29.

<sup>152</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile. Vol. I**. Padova: CEDAM, 1936, p. 40.

<sup>153</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli, Jovene, 1980, p. 301. Em outra perspectiva, mas também adotando a substitutividade da atividade jurisdicional à luz da instrumentalidade do processo, conferir: MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile. Vol. I**. 11. ed. Torino: Giappichelli, p. 11.

<sup>154</sup> ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal. Tomo 2**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, p. 26.

<sup>155</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria geral do processo...**, p. 171.

<sup>156</sup> GRINOVER, **Revisitando a teoria geral do processo...**, op. cit., p. 29-30.

compreensão da moderna ciência processual civil”.<sup>157</sup> Realmente, se comparada ao passado, a jurisdição não pode mais ser erguida em pedestal metodológico processual, sobretudo diante da essência participativa da democracia em tempos atuais, que passa “da lógica apotídica à lógica dialética”, do “monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”.<sup>158</sup> Tudo isso reforça uma reestruturação policêntrica do fenômeno processual,<sup>159</sup> cujo desenvolvimento pressupõe a participação das partes na gestão do processo, sem desconsiderar a influência que estas exercem nas tomadas de decisões (arts. 9º e 10, CPC/2015).

Possível perceber, portanto, quatro revoluções bem delineadas em relação ao instituto da jurisdição: i) revolução consensual; ii) revolução cooperativa; iii) revolução participativa; iv) revolução hermenêutica. A primeira induz à prioritária solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º, CPC/2015), encarando os métodos consensuais como a forma adequada de pacificação, à luz de uma justiça multiportas.<sup>160</sup> A segunda comunga da ideia da atividade jurisdicional como comunidade de trabalho<sup>161</sup> (art. 6º, CPC/2015), demandando uma postura cooperativa dos magistrados não só em relação às partes (autor e réu), mas também entre os juízes, inclusive na esfera internacional (arts. 26 e 27, CPC/2015). A terceira pretende valorizar a participação das partes na construção do provimento jurisdicional (arts. 9º e 10, CPC/2015), legitimando a manifestação do poder normativo por meio do contraditório compartilhado. Por fim, a quarta diz respeito à revolução interpretativa, em que a aplicação da norma afasta-se da declaração da vontade da lei para cumprir um papel criativo frente ao Direito, projetando um compromisso de estabilidade, integridade e coerência do ordenamento jurídico (art. 926, CPC/2015). Desta feita, a jurisdição tende a ser encarada como a atividade cooperativa, criativa e participativa, que necessariamente prioriza a forma consensual de pacificação dos conflitos na pós-modernidade.

<sup>157</sup> SICA, **Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil...**, op. cit., p. 439.

<sup>158</sup> MITIDIERO, **Colaboração no processo civil...**, op. cit., p. 49.

<sup>159</sup> PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 206. No Brasil, conferir: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>160</sup> Como lembram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a experiência da *multi-door courthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sanders, professor emérito da Harvard Law School, cf. SANDERS, Frank. **The pound conference: perspectives on justice in the future**. St. Paul: West Pub, 1979. Propõe, assim, que ao lado da justiça de porta única (justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz), sobrevenham novas formas de acesso. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). **Justiça Multiportas**. Col. grandes temas do NCPC. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36. Também se referindo ao instituto: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. In: **Justiça Multiportas...**, op. cit., p. 410.

<sup>161</sup> “A denominada ‘comunidade de trabalho’ (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca (ROSENBERG, 1956, p. 6) e que, levada a sério, permitiu na Alemanha uma formação unitária de futuros magistrados e advogados, impediu que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias (CAPONI, 2007, p. 274), além de delinear, na doutrina processual, a idealização do policentrismo processual (TARUFFO, 2002c, p. 160), que afasta qualquer concepção de protagonismo”. NUNES, **Processo jurisdicional democrático...**, p. 213.

O mesmo aspecto transformativo pode ser apreendido em relação à ação. Nessa linha, a visão constitucional do processo civil, à luz da teoria dos direitos fundamentais, colocou fim à celeuma teórica que orbitava em torno desta categoria processual, tornando insuficientes as clássicas compreensões que resumiam a ação a um direito autônomo abstrato deduzido em face do Estado-juiz (Mortara), a um direito potestativo de fazer atuar a vontade concreta da lei (Chiovenda) ou a um direito público subjetivo de obter um julgamento de mérito (Liebman). Na verdade, a ação deve ser encarada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, CF/88), o qual, em razão da sua multifuncionalidade e das eficácias vertical e horizontal, deve permitir uma tutela do direito material de forma adequada, tempestiva e efetiva, à luz do acesso à ordem jurídica justa.<sup>162</sup>

Ademais, no panorama atual, incorreto concluir pela existência de dois direitos de ação, um de natureza constitucional (incondicionado) e outro de natureza processual (condicionado). Há apenas um direito de ação, o qual, embora de matiz constitucional, depende e é diretamente influenciado pela legislação infraconstitucional, projetando um direito à pré-ordenação de técnicas processuais idôneas à tutela do direito material.

Igualmente equívoco se torna afirmar que a ação se esgota com a mera propositura da demanda. Ao contrário, o renovado direito de ação compreende tanto o ingresso em juízo, ou seja, o ato postulatório inaugural, como também o feixe de poderes e situações jurídicas ativas e passivas que se desdobram ao longo do procedimento, não se exaurindo, portanto, com o simplório ato de propositura. É possível cogitar, portanto, de uma pluridimensionalidade do direito de ação, o qual se apresenta como uma situação jurídica composta, sintetizando a soma dos poderes, faculdades e deveres dos atores no processo.<sup>163</sup>

Constata-se, na mesma linha, mudanças em relação ao clássico princípio dispositivo, admitindo-se não apenas uma ampliação considerável dos poderes judiciais na condução do processo (art. 139, CPC/2015), como também o exercício do direito de ação para o desencadeamento de atividades não necessariamente voltadas a um julgamento de mérito (ex: ação probatória autônoma).

De outro giro, valoriza-se a dimensão executiva do direito de ação, de modo que o agir processual passa a necessariamente englobar a efetivação do bem material pretendido pela

---

<sup>162</sup> “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

<sup>163</sup> FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè 1957, p. 112.

parte, ao invés de referendar apenas um juízo declaratório a respeito do litígio. Ultrapassa-se, neste prisma, a ideia de que a ação se exaure com a sentença de mérito transitada em julgado. Esta concepção, aliás, foi consagrada no Código Processual de 2015 sob a feição do princípio da primazia na solução do mérito (art. 4º).

Igualmente, as clássicas condições da ação pendem renovadas no paradigma processual hodierno, não havendo mais sentido cogitar da impossibilidade jurídica do pedido como condição de existência ou validade da ação, muito menos admiti-lo como fundamento à extinção processual sem resolução de mérito. Incorreto, nessa linha, pensar eventuais condicionantes à margem do dinamismo que reveste a relação jurídica processual, não havendo um “marco zero” na manifestação do direito de ação que permita um único momento de aferição do interesse processual ou da legitimidade *ad causam*. Tal perspectiva simplesmente desconsidera toda a rica transformação a que se submete o direito material ao longo do processo.<sup>164</sup>

Não só. Os métodos consensuais de resolução de conflitos vêm imprimindo novas tendências ao direito de ação, sendo possível até mesmo questionar se existe efetivamente ação na justiça consensual.<sup>165</sup> Por tudo isso, é possível considerar que a ação “perdeu força como polo metodológico da ciência processual civil, emergindo em seu lugar o conceito de tutela jurisdicional, menos contaminado por resquícios de teorias já ultrapassadas”.<sup>166</sup>

Não é diferente o que se passa em relação ao instituto da defesa. Assiste-se a uma vital aproximação entre essa categoria e o direito de ação, admitindo-se uma compreensão conceitual mútua destes fundamentos metodológicos. Como pontua Heitor Vitor Mendonça Sica, se o direito de ação garante uma sentença de mérito de procedência ou improcedência, “ou se reconhece que o réu, ao se defender, exerce direito de ação, ou se afirma que a defesa, ainda que diferente da ação, também é meio para obtenção da tutela jurisdicional”.<sup>167</sup>

De outra banda, faz sentido consentir que a defesa também clama por um acesso à ordem jurídica justa, demandando, assim como visto em relação ao direito de ação, uma preordenação da técnica processual ao seu efetivo exercício.<sup>168</sup> Da ação, difere-se em razão da

---

<sup>164</sup> “Não é possível prender a realidade da vida, rica e em constante alteração, ao ‘marco zero’ do momento em que a ação foi ajuizada. Deve-se atentar, paulatinamente, para as mutações por que pode sofrer a relação jurídica material, bem como as múltiplas pretensões e situações jurídicas correlatas que surgem no curso do processo”. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 62.

<sup>165</sup> GRINOVER, Revisitando a teoria geral do processo..., op. cit., p. 30.

<sup>166</sup> SICA, Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil..., op. cit., p. 442.

<sup>167</sup> SICA, O direito de defesa no Processo Civil brasileiro..., op. cit., p. 26.

<sup>168</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1..., op. cit., p. 348.

iniciativa, isto é, em relação à escolha do momento oportuno de sua atividade. Referida mudança de mentalidade é, aliás, elucidativa no procedimento comum atual, em que o réu é citado para comparecer a uma sessão consensual e não para apresentar defesa à ação promovida pelo autor (art. 334, CPC/2015).

Ademais, levando em consideração que autor e réu ocupam posições dinâmicas ao longo do arco procedimental, não se pode afirmar que “o autor sempre pede e o réu sempre impede”, uma vez que tanto o autor pode defender-se de eventual pedido do réu no curso da demanda, quanto o réu pode agir na defesa de seus próprios interesses. Como lembra a doutrina, esta assertiva “vem impregnada da concepção chiovendiana de ação como ‘como direito potestativo’ e ignora que autor e réu ocupam, no decorrer do processo, posições jurídicas ativas e passivas”.<sup>169</sup> Ação e defesa são, portanto, categorias processuais que podem ser dinamicamente compreendidas e praticadas pelos sujeitos processuais no curso do procedimento realizado em contraditório.<sup>170</sup>

Não obstante, considerando que as partes podem firmar convenções processuais ao longo do processo colaborativo (arts. 190 e 191, CPC/2015), não há porque considerar como necessariamente divergentes os interesses dos sujeitos processuais, tampouco identificar necessária contraposição entre os institutos da ação e da defesa. À luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estas categorias pendem conceitualmente relativizadas, não constituindo institutos necessariamente contrapostos. Podem ser compreendidas como faces de uma mesma moeda, que se diferem em função do momento de inauguração do processo.

Por derradeiro, o processo também sofre de incomum transformação neste quadrante histórico, afinal se antes totalmente distanciado do procedimento, consequência do cientificismo reativo ao período sincretista, hoje ambas as categorias suportam nítida reaproximação conceitual, o que se deve, em boa parte, aos influxos da teoria dialética de Fazzalari.<sup>171</sup> Por esta ótica, o procedimento não pode mais ser enxergado como o aspecto extrínseco ou a forma pela qual o processo se movimenta. Ao invés, considerando o encargo de prestar adequada tutela aos direitos, o processo só pode ser encarado sob o prisma do procedimento, o qual, embora exercido em contraditório, congrega uma pluralidade de

<sup>169</sup> SICA, **O direito de defesa no Processo Civil brasileiro...**, op. cit., p. 55.

<sup>170</sup> “C’è processo, insomma, quando nell’iter di formazione di un atto c’è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare all’fase di ricognizione dei presupposti sul piede di reciproca e simétrica parità di svolgere attività di cui l’autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare”. FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della dottrina**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958, p. 869-870.

<sup>171</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957; \_\_\_\_\_. Procedimento e processo (teoria generale). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 819-835; \_\_\_\_\_. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

elementos normativos (ampla defesa, motivação, publicidade etc.), à luz de seu perfil democrático.

Ademais, à luz de premissas contemporâneas, renega-se uma visão estática da relação jurídica processual, assim como uma noção exclusivamente publicística do processo a justificar uma sujeição das partes aos poderes judiciais, o que implica assumir, *mutatis mutandis*, que a teoria relacionista de Bülow tornou-se insuficiente para explicar cientificamente o fenômeno processual. Daí, inclusive, o prestígio atual prestado por parcela da doutrina às teorias situacionistas do processo,<sup>172</sup> em especial às noções de chances, cargas e ônus processuais e a dimensão da incerteza do jogo processual.<sup>173</sup>

De outra banda, novos estudos procuram explicar o processo a partir da teoria do ato jurídico, classificando-o como espécie de ato jurídico complexo de formação sucessiva.<sup>174</sup> Tal perspectiva é acompanhada, em grande medida, ao movimento de “processualização” do procedimento nas esferas administrativa e legislativa, como lembram Paula Sarno Braga<sup>175</sup> e Fredie Didier Júnior.<sup>176</sup>

Por todo o expendido, assim como as categorias da ação, da defesa e da jurisdição, o conceito contemporâneo de processo reestrutura-se a partir da noção de tutela jurisdicional, implicando necessariamente um repensar desta categoria à luz da indeclinabilidade da jurisdição e das técnicas processuais adequadas à tutela do direito material. Não apenas, visto enquanto procedimento decisório exercido em contraditório e dotado de plúrima normatividade,<sup>177</sup> o processo consubstancia um dos principais fatores de legitimação do exercício da jurisdição,<sup>178</sup> condição de validade da manifestação de poder estatal expresso na sentença.

<sup>172</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: EJE, 1961.

<sup>173</sup> “Este foi o mérito inegável de James Goldschmidt, de sentido verdadeiramente genial, ao mostrar que o direito processual – ao contrário do direito material – caracterizava-se por um estado generalizado de incertezas, onde nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos e obrigações. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 06.

<sup>174</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 83-88.

<sup>175</sup> Como bem recorda Paula Sarno Braga, referida doutrina se tornou expressiva entre as décadas de 1950 e 1960, resultando, nas décadas de 1970 e 1980, em um reconhecimento do processo como mecanismo de exercício das funções estatais, incluindo-se, nesta esfera, as atividades não jurisdicionais. BRAGA, Paulo Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 143. No Brasil, referida discussão foi aprofundada por Odete Medauar, à luz do processo administrativo, conforme: MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>176</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 37-39; \_\_\_\_\_, **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 82.

<sup>177</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **40 anos da teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 201-217.

<sup>178</sup> MITIDIERO, **Colaboração no processo civil...**, op. cit., p. 48-49.

Por tudo o que foi dito, alguns autores chegam até mesmo a questionar se os institutos fundamentais do Direito Processual – jurisdição, ação, defesa e processo – continuam a embasar metodologicamente a Ciência Processual ou se estas categorias simplesmente constituem reminiscências científicas de um passado próximo.<sup>179</sup>

Sem pretender afastar definitivamente a pertinência metodológica dos institutos antes examinados, o que parece inegável é que hoje os pressupostos clássicos do Direito Processual dividem espaço com outras categorias estruturantes, institutos que auxiliam, algumas vezes até em melhor medida, a adequada compreensão do fenômeno processual em nossa sociedade. Tal se deve não apenas ao desgaste das categorias fundamentais, mas também à necessidade de concretização das novas exigências por justiça prometidas pela visão constitucional do processo civil.

Dentre estes novos polos metodológicos, destaca-se a categoria da tutela jurisdicional.

## 2.2 A TUTELA JURISDICIONAL ENQUANTO NOVO POLO METODOLÓGICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Em tempos atuais, a categoria da tutela jurisdicional ergue-se enquanto novo instituto fundamental do processo. Como esclarece Cassio Scarpinella Bueno, a tutela jurisdicional consubstancia novo “eixo metodológico do direito processual civil”, distinguindo-se dos institutos da ação, do processo, da defesa e da própria jurisdição. Segundo o processualista paulista, entender as técnicas processuais como aptas a realização efetiva de um direito material suficientemente reconhecido pelo Estado-juiz, não implica assumir que só tem “ação”, “processo” ou “defesa” aquele que, no plano material, é carente da tutela material de direitos. Obter tutela jurisdicional seria o “resultado ambicionado com a provocação e a atuação do Estado-juiz e, portanto, é nessa perspectiva que o estudo de todas as técnicas predispostas para tanto deve ser feito”.<sup>180</sup>

Igual caminho percorre Heitor Vitor Mendonça Sica ao classificar a tutela jurisdicional enquanto “novo instituto fundamental de direito processual civil”, ao lado das categorias da demanda e da cognição judicial, ressaltando a sua “feição eminentemente didática”, útil a se “transpor os limites do conceito de ação”.<sup>181</sup> Em outro trabalho, o autor chega

---

<sup>179</sup> GRINOVER, **Revisitando a teoria geral do processo...**, op. cit., p. 30.

<sup>180</sup> BUENO, **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 271-272.

<sup>181</sup> SICA, **Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil...**, op. cit., p. 448.



a destacar a fundamentalidade do instituto para a adequada compreensão do direito de defesa, argumentando que ação e defesa “acabam esmaecidos face ao conceito de tutela jurisdicional, que passa a figurar no centro do sistema, absorvendo ação e defesa, que passam a ser definidos como meios para atingimento de um fim, que é a tutela jurisdicional”.<sup>182</sup>

A importância do tema parece também chamar a atenção de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que compreendem o direito à tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais, verdadeira resposta da jurisdição ao direito de participação das partes em juízo e ao processo justo.<sup>183</sup> Na visão dos processualistas do Sul, a tutela jurisdicional justificaria uma reformulação metodológica acerca do estudo do processo, o qual não deveria mais se pautar pela estanque divisão trinária “conhecimento-execução-cautelar”, difundindo “uma maneira de ver o processo civil centrada na ideia da tutela dos direitos [...] e tudo que essa fórmula impõe para os direitos carentes de tutela e para a necessidade de unidade da ordem jurídica”.<sup>184</sup>

Igualmente, Welder Queiroz dos Santos aponta para a necessidade de se considerar a tutela jurisdicional enquanto “polo metodológico do Direito Processual Civil”, asseverando que em torno desta categoria deveriam “girar os estudos dos demais institutos de direito processual e suas disciplinas”, sempre rumo ao objetivo de se alcançar a tutela jurisdicional.<sup>185</sup>

Os processualistas da nova geração parecem, de fato, estar com a devida razão. Se houve tempo em que falar em tutela jurisdicional de direitos poderia constituir um pecado mortal em razão de sua aproximação com o imanentismo,<sup>186</sup> hoje é imprescindível enaltecer o *locus* metodológico que esta categoria galga perante a nova ordem processual, especialmente à luz da garantia de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Não por outro motivo, José Roberto dos Santos Bedaque chegou a afirmar que o estudo do Direito Processual pelo prisma da tutela jurisdicional representa verdadeiro “amadurecimento da doutrina”, na medida em que esta não mais se preocupa em afirmar sua autonomia científica, voltando-se antes à análise do que o processo efetivamente produz.<sup>187</sup>

Com a noção de tutela jurisdicional, portanto, inaugura-se um novo paradigma de interpretação e compreensão do processo, seja em sua dimensão estrutural, seja em sua

<sup>182</sup> SICA, **O direito de defesa no Processo Civil Brasileiro...**, op. cit., p. 52, nota 142.

<sup>183</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, op. cit., p. 307.

<sup>184</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 2...**, op. cit., p. 12.

<sup>185</sup> SANTOS, **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa...**, op. cit., p. 40-41.

<sup>186</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

<sup>187</sup> BEDAQUE, **Direito e processo...**, op. cit., p. 41.

dimensão funcional,<sup>188</sup> auxiliando a introdução de premissas questionadoras e a reformulação de bases emancipatórias para seu estudo.

Por tais razões, considera-se que a tutela jurisdicional deve ser erguida ao *status* de novo polo metodológico do Direito Processual Civil, razão de sua importância para a pesquisa empreendida.

### 2.3 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE TUTELA JURISDICIONAL

Demonstrada a importância da tutela jurisdicional no estágio metodológico atual do Direito Processual Civil, indispensável investir em um conceito que dialogue com a visão constitucional de processo civil adotada pelo Código Processual em vigência (art. 1º, CPC/2015).

Assim, a tutela jurisdicional consubstancia espécie de tutela jurídica *tout court*, referindo-se ao amparo que, por obra da jurisdição, o Estado presta às pessoas<sup>189</sup> e aos direitos materiais, via processo em contraditório. Como afirma Canotilho, a ideia de um *due process* jurisdicional é hoje agitada a propósito da conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional, o qual pode ser concebido como um direito de proteção do particular através de Tribunais do Estado no sentido de proteção perante a violação de direitos (dever de proteção do Estado e direito do particular de exigir essa proteção).<sup>190</sup>

Sob esta ótica, a tutela jurisdicional pode ser pensada tanto pelo prisma do resultado da atividade jurisdicional, isto é, a partir dos aspectos práticos e jurídicos que a decisão exerce sobre o plano do direito material e sobre a vida das pessoas, quanto pelo prisma dos meios processuais preordenados à consecução dos resultados prometidos, englobando aqui a dimensão do procedimento, da técnica processual e das garantias constitucionais do processo.<sup>191</sup>

Em relação à extensão subjetiva, a tutela jurisdicional parece alcançar indistintamente ao autor e ao réu, eis que a experiência jurisdicional da tutela do direito agrega, *de per se*, a preservação de direitos materiais (certeza decorrente da declaração judicial) e

<sup>188</sup> SICA, **Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil...**, op. cit., p. 444-445.

<sup>189</sup> Cabe ressaltar a advertência de Dinamarco: "discorrendo sobre a tutela jurisdicional dos direitos, no entanto, a doutrina falha não só ao omitir o conceito de tutela *tout court*, como ainda ao pressupor a existência de direitos a confinar o gênero tutela jurídica no círculo das atividades que o Estado desenvolve para a proteção dos direitos que a pessoa tenha. [...] O mal está em considerar os direitos como objeto da tutela estatal, e não o ser humano". DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 362.

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 495-496.

<sup>191</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 27.

processuais (devido processo legal, demanda, contraditório e ampla defesa), servindo ao legítimo escopo de pacificação, previsibilidade e segurança jurídica pretendido pelas normas jurídicas.

Aceita-se, de outra banda, a ideia de variação de intensidades da tutela jurisdicional, refutando-se, porém, a existência de tutelas jurisdicionais distintas em relação aos polos opostos da demanda. Compreende-se não haver diferença qualitativa entre a tutela jurisdicional prestada ao autor e aquela dirigida ao réu. Ambos podem, consoante se viu, assumir posições dinâmicas ao longo do processo, variando a intensidade da tutela jurisdicional conforme o caso concreto e não somente em razão de posições processuais contrapostas.

Já em sua extensão objetiva, o direito à tutela jurisdicional alcança não apenas a tutela do direito material e do ordenamento objetivo, mas também – e com maior importância sob a ótica aqui defendida – a tutela das pessoas. Tal se verifica, especialmente, quando o resultado da atividade jurisdicional recai sobre o patrimônio pessoal dos sujeitos processuais, tais quais os direitos da personalidade e o amparo a pretensões identitárias de indivíduos vulneráveis.<sup>192</sup>

## 2.4 O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL

Como lembra a doutrina, o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional não pode ser compreendido por nenhuma perspectiva reducionista,<sup>193</sup> constituindo, ao invés, um amplo leque de posições jurídicas ativas e passivas que se orientam por princípios e regras jurídicas ao longo do procedimento em contraditório, culminando na efetiva concretização da tutela no plano substancial.

Logo, o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional sintetiza o que se convencionou denominar de processo justo<sup>194</sup> (*giusto processo; fair procedure; faire*

<sup>192</sup> O tema será reproduzido com maior suficiência na segunda e terceira parte desta pesquisa.

<sup>193</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, op. cit., p. 160-161.

<sup>194</sup> O processo justo consubstancia, nas palavras de Luigi Paolo Comoglio, a síntese harmônica da justiça procedimental revelada pela justaposição de componentes ideológicos e fatores técnicos e estruturais do processo. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*. *Rivista di diritto processuale* 3, v. 57, p. 702-758, 2002. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira também ressalta sua importância, ao acentuar: “o importante é que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LX, e LXXVIII), determina, também, uma garantia ‘de resultado’, ressaltando o nexo teleológico fundamental entre ‘o agir em juízo’ e a ‘tutela’ jurisdicional do direito afirmado. Trata-se de um direito fundamental e inviolável por parte dos poderes estatais, pois, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), constituiria evidente incongruência não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais

*Verfahren*), orientando-se por três dimensões bem definidas na doutrina ocidental contemporânea: i) direito à efetividade do provimento jurisdicional; ii) direito à adequação do procedimento e da técnica processual; iii) direito à tempestividade. É momento de se debruçar, ainda que brevemente, sobre cada uma dessas dimensões.

#### 2.4.1 Direito à efetividade do provimento jurisdicional

Um dos mais importantes aspectos da efetividade está no fato desta não se restringir ao âmbito processual civil, constituindo antes um debate vinculado ao próprio constitucionalismo dirigente,<sup>195</sup> preocupado com o “alcance dos objetivos da norma jurídica”, bem como com seu “produto final”.<sup>196</sup> Efetividade, segundo este olhar, simboliza a passagem do dever-ser para o ser,<sup>197</sup> significando, portanto, o processo de realização racional do Direito.

Nesta ótica, a efetividade está longe de representar uma preocupação adstrita apenas ao Poder Judiciário, dado que, por força do comando de eficiência instituído pela norma do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, todas as funções estatais – executiva, legislativa e judiciária – têm o dever de buscar o alcance dos objetivos normativos com o menor dispêndio de recursos e maior grau de utilidade e satisfação dos resultados.<sup>198</sup> O mesmo se aplica aos órgãos estatais de essencialidade funcional à justiça (Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública).

Não é diferente com o Direito Processo Civil. Por força da inafastabilidade da jurisdição, o processo se orienta pelo *munus* público de conferir exequibilidade aos direitos materiais, assegurando que essa tarefa não omita a incidência de princípios e garantias igualmente relevantes para a concretização dos objetivos de nossa ordem constitucional (devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.). Todos estes preceitos, porém, devem ser realizados de forma sustentável, isto é, mediante o menor consumo de tempo e recursos possíveis.

---

à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 155, p. 11-26, jan./2008.

<sup>195</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>196</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 66.

<sup>197</sup> “[...] em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto e sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional. Vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 71.

<sup>198</sup> NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do Processo Civil contemporâneo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 125-126.

Como lembram Comoglio, Ferri e Taruffo, a ideia de efetividade da tutela jurisdicional pode ser visualizada a partir de duas dimensões essenciais. De um lado, corresponde à exigência de que remédios processuais sejam (i) acessíveis a todos aqueles que dele necessitem para fazer atuar direito próprio, (ii) eficientes em termos de tempo, custo e atividade e (iii) garantam resultados adequados a partir da situação concreta merecedora de tutela. De outro, a fim de cumprir sua funcionalidade e efetividade, necessária a instituição de procedimentos especiais, a fim de que (i) ofereçam alternativa ao procedimento ordinário, (ii) satisfaçam as necessidades da tutela cautelar e (iii) oportunizem formas de tutela executiva que assegurem o êxito concreto da tutela jurisdicional.<sup>199</sup>

A respeito do mote, conhecida a lição de José Carlos Barbosa Moreira, a qual sintetiza um “programa básico” em prol da efetividade processual, envolvendo: i) a disposição de instrumentos adequados à tutela dos direitos; ii) a utilização prática por seus titulares, ainda que indetermináveis os sujeitos; iii) a garantia probatória de se reconstituir os fatos relevantes para convencimento do julgador; iv) a garantia executiva de se atribuir à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade atribuída pelo ordenamento; v) a garantia de eficiência para atingimento dos resultados colimados mediante o mínimo dispêndio de tempo e energia.<sup>200</sup>

O tema ainda dialoga com a noção de instrumentalidade positiva pensada por Cândido Rangel Dinamarco, a qual pressupõe uma avaliação da efetividade da tutela jurisdicional por quatro perspectivas: i) admissão em juízo; ii) modo-de-ser do processo; iii) justiça das decisões; iv) efetividade das decisões.<sup>201</sup> O processualista paulista chama também a atenção para os fatores de obstaculização da efetividade processual, tal como quando o magistrado “inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga equivocadamente e também quando, não obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados”.<sup>202</sup>

Discorrendo acerca da efetividade sob o prisma da técnica processual, José Roberto dos Santos Bedaque conclui que processo efetivo “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.<sup>203</sup> Seria, portanto, possível falar em dois aspectos da efetividade: um legislativo, referente à instituição de técnicas processuais pelo legislador (ex: auto-executoriedade da tutela

<sup>199</sup> COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, **Lezioni sul processo civile, Vol I....**, op. cit., p. 33-35.

<sup>200</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *In: Temas de Direito Processual. Sexta série.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-18.

<sup>201</sup> DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo...**, op. cit., p. 273.

<sup>202</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do Processo Civil Moderno...**, op. cit., p. 593-594.

<sup>203</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 49.

condenatória e fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipatória); e outro prático-interpretativo, pertinente à forma e aos requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito.<sup>204</sup>

Já Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero relacionam a ideia de efetividade aos fundamentos do Estado Constitucional brasileiro, compreendendo que a força normativa do Direito ficaria essencialmente combatida caso este carecesse de atuabilidade social. Associando, portanto, a noção de efetividade ao princípio da segurança jurídica, os autores entendem que esta deveria ser encarada sob o prisma da previsibilidade e da confiança na realização de um direito já reconhecido judicialmente.<sup>205</sup>

Mais recentemente, Marco Félix Jobim ressaltou três importantes funções cumpridas pela eficiência no contexto processual brasileiro, destacando: i) o papel hermenêutico de postulado normativo-aplicativo, funcionando como uma diretriz ao juiz frente a uma colisão de princípios ou normas; ii) o papel administrativo-organizacional, o qual justificaria, no plano endoprocessual, a modificação do procedimento em razão das especificidades do direito material violado; iii) o papel gerencial do Poder Judiciário, que irradiaria efeitos no plano da infraestrutura judiciária.<sup>206</sup>

Da análise das doutrinas apresentadas é possível perceber que o direito à efetividade inaugura uma miríade de propostas transformativas dirigidas ao Direito Processual Civil, resumindo desde um “programa” legislativo de reforma até um “vetor interpretativo-aplicativo” ao magistrado e às partes. Na verdade, como bem discorre Egas Moniz de Aragão, falar em efetividade do processo significa confrontar os ideais buscados pelo sistema processual face aos resultados alcançados. Estas ideias, porém, além de variar no tempo e no espaço, carecem de um questionamento prévio: “o que pretendemos obter do sistema processual civil? Só a partir deste delineamento é que será possível aferir com que grau de intensidade estes objetivos foram alcançados”.<sup>207</sup>

Nesta senda, não há como pensar o direito contemporâneo à efetividade sem considerar a promessa constitucional de tutela dos direitos, a qual deve ser viabilizada não apenas sob a forma repressiva, mas também sob a forma preventiva, sem a qual carece de

---

<sup>204</sup> BEDAQUE, **Efetividade do processo...**, op. cit., p. 83-90.

<sup>205</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, op. cit., p. 255-256.

<sup>206</sup> JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 215-218.

<sup>207</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. Estudo sobre a efetividade do processo de execução, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 17-23, 1993.

efetividade a cláusula-geral de inafastabilidade de jurisdição contra “ameaça a direito” insculpida no artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.<sup>208</sup>

Hodiernamente, esta concepção do direito à tutela jurisdicional efetiva é compartilhada no plano internacional dos direitos humanos, ao passo que a efetividade se encontra ressaltada no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no artigo 25.1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

Curial ressaltar, ademais, na linha da jurisprudência das Cortes Internacionais, que à efetividade deve ser incorporada a *dimensão executiva* da tutela jurisdicional, posicionamento referendado pela Corte Europeia de Direitos Humanos desde 1947 à luz da razoável duração do processo,<sup>209</sup> situando-se igualmente presente no artigo 25.2, alínea “c”, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, no sentido de que “os Estados-Partes comprometem-se a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

Este giro paradigmático, responsável pela incorporação da dimensão executiva da tutela jurisdicional como parte integrante do catálogo dos direitos humanos, supera, em certa medida, o paradigma liberal de processo, o qual, nas palavras de Roberto Omar Berizonce, representava o modelo que encara “[...] *el servicio judicial, y aún el proceso civil, concebidos como un 'bien privado'*”.<sup>210</sup> Assume-se, afinal, que a não implementação do comando contido na sentença, além de frustrar a realização do direito material reconhecido pelo Poder Judiciário, coloca em xeque a própria credibilidade do Direito e da Justiça.

Endossando a tendência internacional, o artigo 8º do Código Processual de 2015 referiu-se à eficiência enquanto vetor interpretativo do magistrado na aplicação do ordenamento jurídico, além de incluir no artigo 4º “o direito à integral solução do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Nesta senda, o fenômeno da efetividade processual não pode deixar de observar o prisma dos resultados do processo, levando-se em consideração os efeitos práticos e jurídicos que a tutela jurisdicional visa obter no plano da vida das pessoas.

Por fim, não há confundir efetividade com celeridade. Embora relevante para a noção de processo efetivo, principalmente em casos que demandam urgência na realização do direito material, esse princípio não possui o condão de resumir ou esgotar o conteúdo da efetividade processual, cuja normatividade ostenta um círculo mais amplo de significado,

---

<sup>208</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, op. cit., p. 256.

<sup>209</sup> Fala-se inclusive na duração razoável do processo executivo.

<sup>210</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. *Ideologias y proceso*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho *et. al.* (coord.). **Processo em Jornadas**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 871.

incorporando a realização de outros princípios e regras igualmente importantes para uma noção de devido processo legal (ex: contraditório e a ampla defesa), os quais podem, muitas vezes, implicar a necessidade de desaceleração do procedimento. Não se pode, portanto, baralhar rapidez e efetividade.

#### 2.4.2 Direito à adequação do procedimento e da técnica processual

Não é, porém, qualquer forma de tutela jurisdicional efetiva que se almeja quando se cogita do direito fundamental à tutela jurisdicional, mas de uma tutela jurisdicional adequada.<sup>211</sup> É possível, nessa linha, que a tutela jurisdicional efetive-se, alcançando o resultado pretendido no plano do direito material, mas desenvolva-se inadequadamente, isto é, sem observar o devido processo legal e as garantias fundamentais do réu, ou mesmo a técnica processual apropriada às necessidades do caso concreto.

A dimensão da adequação da tutela jurisdicional,<sup>212</sup> portanto, é aquela que pressupõe meios processuais adaptados às necessidades das pessoas e às especificidades do direito material, englobando a dimensão do procedimento, da técnica processual, das garantias processuais e das formas executivas.

Este enfoque, aliás, da adequação da tutela jurisdicional, se faz notório desde a admissão do acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. De fato, Mauro Cappelletti e Bryan Garth evidenciaram a necessidade de “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”, escopo da *terza ondata* reformista.<sup>213</sup> Desde então, a doutrina italiana deixa clara a existência de um direito a adequação da tutela jurisdicional,<sup>214</sup> tendente a garantir, desde o ingresso em juízo, um “dinamismo” e uma “qualidade procedimental” que

<sup>211</sup> “[...] além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”. NERY JR., Nelson. **Princípios processuais na Constituição Brasileira**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 187.

<sup>212</sup> Admitindo a dimensão da adequação da tutela jurisdicional, conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: **Temas de Direito Processual. Terceira Série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 209; WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 523; MARINONI, A *antecipação da tutela...*, op. cit., p. 28; NERY JR., **Princípios processuais na Constituição Brasileira...**, p. 187.

<sup>213</sup> CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça...**, op. cit., p. 71.

<sup>214</sup> TOMMASEO, Ferruccio, *Appunti di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 169; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti...*, op. cit., p. 1; ANDOLINA, Italo; VIGNEIRA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 61; PISANI, Andrea Proto. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*. Foro Italiano, 1983, p. 128; \_\_\_\_\_. *L’effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale com particolare riferimento all’attuazione dela sentenza di condanna*. *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 633; \_\_\_\_\_. *Nuovi diritti e tecniche di tutela*. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari. Vol. 2*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 51.



torna real a possibilidade de desenvolvimento da atividade técnica idônea a fazer valer os direitos debatidos.<sup>215</sup>

No Brasil, igualmente, é possível notar uma preocupação em torno da adequação processual desde o pensamento de Galeno Lacerda, para quem a adaptabilidade se revelaria a partir de três perspectivas principais: a subjetiva, a objetiva e a teleológica. A primeira incidiria em razão dos sujeitos processuais, como, *verbi gratia*, ocorre em relação à intervenção do Ministério Público nas ações de incapazes e nos prazos especiais concedidos à Fazenda Pública.<sup>216</sup> A segunda, por seu turno, decorreria da adaptação à natureza do direito material (ex: alimentos), à sua forma (ex: ação monitória) ou mesma às situações de urgência (ex: procedimentos cautelares). Por fim, a adequação teleológica far-se-ia presente diante da observância dos fins e valores jurídicos perseguidos pelo processo, tais como os procedimentos sumaríssimos.<sup>217</sup>

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a seu turno, concebia a adequação como forma de se “amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão”.<sup>218</sup> Para o autor, sempre que a tramitação processual prevista na lei se demonstrasse inconveniente às exigências da demanda aforada, poder-se-ia lançar mão da adaptabilidade para se “emprestar maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de eliminação de realização do direito material e de outorga de justiça”.<sup>219</sup>

Já Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero encaram a adequação como verdadeiro “direito fundamental das partes”, extraída da garantia de inafastabilidade de jurisdição prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Democrática de 1988. Segundo os doutrinadores, na omissão de regra procedimental ou técnica processual idônea a cumprir o dever jurisdicional de tutela dos direitos, caberia ao juiz demonstrar a necessidade de proteção da situação de direito material, elegendo e fundamentando, por conseguinte, a técnica processual mais adequada às vicissitudes do caso concreto. Advogam, portanto, uma clara substituição da noção de possibilidade de adequação pela noção de

---

<sup>215</sup> COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, Vol I....*, op. cit., p. 69-70.

<sup>216</sup> Faz sentido, portanto, pensar que a *pessoa* que vai a Juízo possa influenciar a adequação do procedimento, como defendido nesta dissertação.

<sup>217</sup> LACERDA, Galeno Velhinho de. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, s/e., p. 161-170, 1976.

<sup>218</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 59-69, out./dez. 1999.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, *Do Formalismo no processo civil....*, op. cit., p. 144-146.

obrigatoriedade de adequação da tutela jurisdicional, à luz da concretização do mandamento constitucional de acesso à justiça.<sup>220</sup>

Também Fredie Didier Jr. sintetizou os dois principais planos em que o fenômeno da adequação poderia se desenvolver, tratando-se da: a) esfera legislativa, em que a adequação funcionaria como vetor informativo ao legislador, sintonizando-se à formulação de procedimentos em abstrato; b) esfera jurisdicional, em que a adequação assumiria a forma de vetor interpretativo-aplicativo, permitindo ao magistrado adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.<sup>221</sup>

Por outro enfoque, Fernando da Fonseca Gajardoni restringe a noção de adequação ao plano legislativo, encarando a adaptabilidade (ou elasticidade) como os efeitos decorrentes da atividade judicial que flexibiliza o procedimento às peculiaridades da causa. Em sua visão, portanto, a flexibilização funcionaria como condição de possibilidade à adaptabilidade procedimental operada concretamente pelo magistrado,<sup>222</sup> estando, porém, esta atividade condicionada pela finalidade, pelo contraditório útil e pela motivação das decisões.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> “Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, p. 136.

<sup>221</sup> Segundo ilustra o processualista baiano, a adaptação do procedimento se verificaria ante a: “a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos), de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331, CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65, art. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491, CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544, CPC, previstas em seus parágrafos etc.”. DIDIER Jr., Fredie Souza. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento, *Revista de Direito Processual Civil*, Gênese, Curitiba, n. 21, 2001, p. 530-541.

<sup>222</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135.

<sup>223</sup> Conforme expõe o autor, a finalidade se dividiria em três situações principais: i) necessidade do direito material, admitindo-se a flexibilização sempre que os meios formais predispostos tornassem ineficaz a tutela do direito reclamado; ii) inidoneidade do procedimento comum, admitindo-se a flexibilização sempre que os empecilhos formais tornassem inútil o procedimento (ex: inversão da ordem de produção das provas); iii) condição da parte ou da pessoa dos litigantes, admitindo-se a flexibilização sempre que o rito predisposto desequilibrasse a relação processual entre as partes litigantes, em homenagem à isonomia processual (ex: procedimento executivo por quantia específico contra a Fazenda Pública). Doutra vértice, o contraditório erguer-se-ia enquanto limite à inovação procedimental, garantindo-se também às partes a possibilidade de influir na construção do procedimento adequado. Evitar-se-ia, assim, a combatida prática de “decisões surpresas”, à luz da previsibilidade e segurança do procedimento. Por derradeiro, o dever de fundamentação impor-se-ia por força de expressa disposição constitucional (art. 93, inc. IX, da CF/88), servindo ao controle de desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais em matéria de flexibilização procedimental. GAJARDONI, **Flexibilização procedimental...**, op. cit., p. 87-94.

*Lato sensu*, portanto, admitem ainda a adequação concreta do procedimento pelo juiz Humberto Ávila,<sup>224</sup> Humberto Theodoro Júnior,<sup>225</sup> Adroaldo Furtado Fabrício,<sup>226</sup> Leonardo Greco,<sup>227</sup> Cassio Scarpinella Bueno,<sup>228</sup> José Roberto dos Santos Bedaque,<sup>229</sup> Camilo Zufelato<sup>230</sup> e Eduardo Talamini e Luis Rodrigues Wambier.<sup>231</sup>

Todas estas ricas construções acerca da adequação da tutela jurisdicional guardam como lugar comum a necessidade e a viabilidade de se promover a adaptação do procedimento e das técnicas processuais às diferentes necessidades do caso concreto. Englobam, assim, tanto a dimensão legislativa de previsão de técnicas processuais em abstrato e a instituição de ritos especialmente calibrados às diferentes espécies de direito substancial, quanto a dimensão jurisdicional de adequação concreta diante da omissão de regra processual ou da inidoneidade da aplicação para a tutela do direito material. Em síntese: onde se prevê um direito, deve haver um remédio adequado para protegê-lo (*ubi jus, ibi remedium*).

Quanto a este último ponto (adequação judicial), conveniente lembrar que o magistrado não pode se furtrar à observância das garantias constitucionais do processo. Como lembra Nelson Nery Júnior, “o direito à tutela jurisdicional adequada, garantido pelo CF 5.º XXXV, pressupõe a existência e o desenvolvimento de um processo devido”.<sup>232</sup> Neste sentido, o respeito ao contraditório substancial (arts. 9º e 10, CPC/2015), seja no âmbito da possibilidade de influência das partes na construção do provimento adequado, seja no âmbito da vedação à decisão surpresa, impõe-se enquanto requisito de validade à decisão que flexibiliza o procedimento ou inova em matéria de técnica processual.

Soma-se ao contraditório o dever jurisdicional de fundamentação (arts. 11 e 489, CPC/2015), o qual visa impedir, no plano endoprocessual, a discricionariedade do magistrado sobre as questões decididas. Em complemento, o princípio da proporcionalidade (art. 8º,

<sup>224</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 407-408.

<sup>225</sup> THEODORO JR., **Curso de direito processual civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 427.

<sup>226</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Adequação dos prazos como forma de adaptar procedimentos: ação de prestação de contas, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, jul./2011, p. 413.

<sup>227</sup> GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 409.

<sup>228</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 192.

<sup>229</sup> BEDAQUE, **Efetividade do processo e técnica processual...**, op. cit., p. p.63-67.

<sup>230</sup> ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no Direito brasileiro. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-264.

<sup>231</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Vol. 1**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 282-283.

<sup>232</sup> NERY JR., **Princípios processuais...**, op.cit., p. 103.

CPC/2015), avaliado em sua tríplice perspectiva (adequação-necessidade-proporcionalidade *strictu sensu*), exsurge enquanto técnica obrigatória em casos que a adaptação implique restrição a direitos fundamentais, ao passo que o princípio da cooperação (art. 6º, CPC/2015) impede seja a gestão do procedimento, das técnicas processuais e das formas executivas utilizadas de maneira solipsista.

Atualmente, possível visualizar outro terreno fértil para a adequação da tutela jurisdicional: trata-se da possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais. Afasta-se, neste sentido, o chamado hiperpublicismo processual, segundo o qual inexistiria espaço para manifestação da autonomia privada das partes à vista da natureza pública e cogente das regras processuais.<sup>233</sup> O tema remete, ademais, a abertura democrática do espaço público decisório, enfoque que remete à noção de processo cooperativo e às cláusulas convencionais (artigos 190 e 191 do CPC/2015). Na atual sistemática, portanto, podem as partes criar, modificar ou extinguir ônus, poderes, faculdades e deveres por meio de acordos processuais, admitindo-se, ainda, convenções sobre o procedimento, com o escopo de adaptação da técnica processual às necessidades do caso concreto.

Todas estas três dimensões da adequação processual, quais sejam legislativa, jurisdicional e convencional,<sup>234</sup> compõem e reforçam o conteúdo contemporâneo do direito fundamental à tutela jurisdicional, na perspectiva da adequação.

### 2.4.3 Direito à tempestividade processual

Embora atual, o embate entre celeridade e segurança não é novo no Direito Processual Civil, constituindo o epicentro de debates acadêmicos muito antes à Codificação de 1973. Não por outra razão já afirmava Eduardo Couture: “no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”.<sup>235</sup>

Com efeito, se de um lado a tutela jurisdicional prestada a destempo não pode ser considerada justa, efetiva ou adequada, de outro, o desejo desenfreado por celeridade, seguido de técnicas inadequadas de aceleração do processo,<sup>236</sup> pode conduzir ao atropelo de garantias constitucionais e à obstaculização dos objetivos pacificatórios (afinal, aquele que participa de

<sup>233</sup> CABRAL, **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 202-203.

<sup>234</sup> Explorando estas três hipóteses, conferir: REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>235</sup> COUTURE, Eduardo J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo: Imprensa Uruguaya, 1945, Exposição de Motivos, Capítulo II, §1º, n. 10, p. 37, *apud* NERY JR., **Princípios processuais na Constituição Brasileira...**, op. cit., p. 315.

<sup>236</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. Franca: Lemos & Cruz, 2003.

um processo injusto certamente tentará revertê-lo). É preciso, pois, equilibrar os valores em jogo, cumprindo ao processo regular sua tempestividade à luz das necessidades das pessoas e das vicissitudes do direito material.

Não se pode perder de vista, ademais, que o direito a um processo sem dilações indevidas deve equilibrar-se com as garantias constitucionais do processo. Como lembra José Carlos Barbosa Moreira, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere, porque voltado à concretização do devido processo legal. Como conclui: “se uma justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa [...] se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.<sup>237</sup>

Em razão deste eterno conflito de valores, diversos autores se propuseram a analisar os coeficientes de letargia processual, identificando os fatores supostamente responsáveis pela morosidade do processo.

José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, identificou três fatores que comprometeriam a tutela tempestiva de direitos: i) fatores institucionais, marcados pela ausência de vontade política dirigida à criação de novos mecanismos de aceleração da tutela jurisdicional, bem como pelo desprestígio estrutural do Poder Judiciário frente aos demais poderes republicanos; ii) fatores de ordem técnica e subjetiva, tais como a desvalorização e a falta de preparo técnico da magistratura; iii) fatores de insuficiência material, como a ausência de investimentos materiais no Poder Judiciário.<sup>238</sup>

Araken de Assis, a seu turno, ressaltou a ineficiência da administração da Justiça, admitindo a existência de três crises estruturais sob a égide do Código Processual de 1973: i) crise de oferta, pertinente ao desaparecimento judiciário; ii) crise de demanda, relacionada ao número excessivo de conflitos; iii) crise ideológica, correspondente à mentalidade dos operadores da cena judiciária.<sup>239</sup>

Na mesma linha, Fernando da Fonseca Gajardoni identificou três fatores de morosidade na prestação da tutela jurisdicional: i) fator material, relacionado à falta de aparato material-tecnológico do Judiciário; ii) fator legal, pertinente à legislação processual parcialmente ultrapassada e formalista; iii) fator cultural, decorrente da formação cultural

---

<sup>237</sup> MOREIRA, José Carlos de Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual: oitava série**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

<sup>238</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99-110.

<sup>239</sup> ASSIS, Araken de. Direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 43, p. 9-25, jun./1994.

contenciosa dos operadores do direito, que têm grande aptidão para as lides forenses, mas não estão preparados para a advocacia preventiva e para as práticas conciliatórias.<sup>240</sup>

Em estudo mais recente, Rodolfo de Camargo Mancuso sustentou que o déficit de qualidade na resolução dos conflitos brasileiros decorre de três fatores essenciais: i) política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física (“oferta de mais do mesmo”); ii) avaliação de desempenho por critério quantitativo (*in put* e *out put* de processos); iii) judicialização massiva dos conflitos e resistência a outros métodos de solução de conflitos (mediação, conciliação etc.), assim como a parca informação a respeito.<sup>241</sup>

Todos os coeficientes apontados pela doutrina já denunciavam, desde o Código Processual de 1973, a necessidade de se erigir instrumentos aptos ao combate do tempo-inimigo no processo,<sup>242</sup> o que levou a doutrina processual a se debruçar sobre meios de combate à morosidade processual, mediante a instituição de técnicas de aceleração do processo.

Conhecida, neste sentido, a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que classificou estas técnicas em: i) técnicas contra as causas indiretas de frustração da tutela jurisdicional (ex: medidas cautelares); ii) técnicas contra causas diretas de frustração da tutela jurisdicional (ex: execução provisória, execução de títulos executivos extrajudiciais); iii) técnicas endoprocessuais de abreviação de procedimentos.<sup>243</sup>

Na mesma linha, José Rogério Cruz e Tucci elenca como soluções ao combate à morosidade: i) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana (ex: sanções processuais); ii) mecanismos de aceleração do processo (antecipação de tutela, monitória e tutela coletiva); iii) mecanismos de controle externo da lentidão (ex: responsabilidade civil do Estado por dilação indevida no processo).<sup>244</sup>

<sup>240</sup> GAJARDONI, *Técnicas de aceleração do processo...*, p. 69.

<sup>241</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

<sup>242</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1953-1958, p. 354.

<sup>243</sup> DINAMARCO, *Fundamentos do Processo Civil moderno...*, p. 894-906. Opondo-se a este entendimento, Gajardoni esclarece “a classificação proposta, contudo, olvida – parece propositadamente – alguns fatores tidos como indispensáveis para a obtenção de tutela com o menor tempo possível entre o início e o fim do procedimento. Há inúmeros mecanismos extraprocessuais e extrajudiciais que contribuem para desobstrução ou melhor funcionamento da via heterocompositiva estatal, possibilitando ao órgão judiciário que, ao se dedicar mais concentradamente a certos processos, faça com que os mesmos tenham acentuado ganho em celeridade. Nesse sentido, basta dizer que o apuramento tecnológico do Judiciário e a autocomposição extrajudicial são mecanismos que, bem usados, respectivamente tornam o procedimento e a outorga de tutela jurisdicional mais rápidos, bem como diminuem o número de feitos que ganham foros de judicialidade. E mais. Dinamarco coloca sob o manto aceleratório técnicas contra causas indiretas da frustração jurisdicional, as cautelares, as quais não aceleram o processo nem adiantam tutela jurisdicional alguma, senão servem à tutela do processo definitivo, como instrumento não só para garantir seu meio, mas também sua utilidade prática. Além disso, o referido autor, talvez por ainda não estar completamente convencido, à época, do caráter jurisdicional da arbitragem, deixava de considerar esse mecanismo como apto a prestar tutela jurisdicional tempestiva fora do âmbito estatal”. GAJARDONI, *Técnicas de aceleração do processo...*, op. cit., p. 71-71.

<sup>244</sup> TUCCI, *Tempo e processo...*, op. cit., p. 125-146. Ver também, com relação ao combate à morosidade judicial

Levando em consideração as classificações anteriores, Fernando da Fonseca Gajardoni defendeu a combinação de estratégias, visualizando: i) técnicas extraprocessuais (informatização e eletrônica do processo); ii) técnicas extrajudiciais (auto e heterocomposição extrajudicial); e iii) técnicas judiciais (autocomposição judicial, deformalização do processo, tutela jurisdicional coletiva, diferenciação da tutela jurisdicional, abreviação do procedimento recursal, limitação de acesso aos tribunais, manipulação do fator despesas processuais e honorários advocatícios, sanções processuais para o protelador e abreviação de prazos).<sup>245</sup>

Doravante, muito embora a cláusula de tempestividade processual já estivesse prevista no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, somente com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 é que a duração razoável do processo respirou ares de fundamentalidade no cenário jurídico nacional, sobretudo a partir da inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Carta Democrática de 1988. Segundo dispõe o mencionado artigo: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A par de sua aplicabilidade imediata (art. 5º §1º, CF/88), necessário ter em mente que a inclusão da duração razoável dentre as garantias processuais constitucionais implica a assunção de múltiplos deveres estatais, tais como os deveres de estruturação administrativa, adequado gerenciamento, observância dos prazos referidos em lei e atividade fiscalizatória da conduta processual das partes.

Impõe, de outra banda, uma miscelânea de posições jurídicas de vantagem aos jurisdicionados, em especial a viabilidade da tutela reparatória por danos experimentados em razão da dilação indevida do processo. Quanto a este ponto, relevante recordar a famosa *Legge Pinto* na Itália, que garantiu uma *equa riparazione* pela violação a *durata irragionevole* do processo, fruto das recorrentes condenações do Estado italiano perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em casos envolvendo recursos e dilatações indevidas.<sup>246</sup>

---

no direito comparado: TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 433-452; NERY JR., **Princípios do processo na Constituição Federal...**, op. cit., p. 311-321.

<sup>245</sup> GAJARDONI, **Técnicas de aceleração do processo...**, op. cit., p. 76-77.

<sup>246</sup> Como assevera Mancuso: "registre-se que o prejuízo advindo pela duração irrazoável do processo é distinto daquele derivado da sucumbência, a qual permite ao vencido interpor o recurso cabível na espécie; já o prejuízo decorrente da dilação temporal excessiva é, na precisa expressão de Ítalo Andolina, um *danno marginale*, que, por isso mesmo, pode acometer qualquer das partes, inclusive aquela vencedora da causa. Bem por isso, na Itália, a *Legge Pinto* (24.03.2001) prevê no art. 2º que, comprovada a *durata irragionevole* do processo, o prejudicado faz jus a uma *equa riparazione*". MANCUSO, **Teoria geral do processo...**, op. cit., p. 114.

No Brasil, igualmente, a tendência de responsabilização pelo dano marginal cresce tanto na esfera privada (ex: autonomia do dano temporal no Direito Civil), quanto na esfera pública (ex: teoria do desvio produtivo no Direito do Consumidor), diante de demandas de reparação de danos ajuizadas contra o Estado em razão da intempestividade processual.

Registre-se, ainda, a recente condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, referente ao caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, em que constatada, dentre outras violações, vilipêndio à garantia da razoável duração do processo.<sup>247</sup>

Nessa linha, a cláusula de razoável tempestividade abriga o imperativo de se instituírem mecanismos legislativos, administrativos e jurisdicionais rumo à superação da morosidade processual, tais como a previsão de sanções por indevida postura procrastinatória das partes e do juiz, a previsão de técnicas destinadas a melhor gerir o tempo do processo (tutela da evidência, calendarização, observância da ordem cronológica de julgamento etc.), além da diversificação e possibilidade de adequação dos métodos executivos.

Tal normatividade implica ainda, como argutamente observa Antônio do Passo Cabral, o indeferimento de requerimentos protelatórios, a revisão da ultrapassada teoria que classifica os prazos como próprios e impróprios, a aplicação de sanções pessoais às autoridades responsáveis pela dilação indevida (a qual pressupõe o controle administrativo-correcional da magistratura), além da pretensão indenizatória contra o Estado.<sup>248</sup>

Importante ter em mente, ademais, que o direito à duração razoável do processo, assim como a efetividade, não se confunde com a noção de *celeridade processual*, axioma que embora relevante para as tutelas jurisdicionais provisórias de urgência, não exaure o conteúdo do direito à tempestividade, cuja "razoabilidade", *de per se*, repudia a instantaneidade.

Como lembra a doutrina, "um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere".<sup>249</sup> Logo, o que a Constituição Federal de 1988 irradia por meio da cláusula-geral de tempestividade processual é a "eliminação do tempo patológico – a

---

<sup>247</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**, sentença de 04 de julho de 2006.

<sup>248</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Normas Fundamentais**. Col. grandes temas do Novo CPC, Vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84-88.

<sup>249</sup> A respeito do mote, elucidativas as palavras de Barbosa Moreira: "[...] há uma demora fisiológica consequente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. [...] Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhantes prática hoje em dia parece inconcebível, por maior frequência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem sucedidas, de empregá-la – senão no sentido físico, seguramente no moral – para com certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social". MOREIRA, **O futuro da justiça: alguns mitos...**, op. cit., p. 04.



desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar".<sup>250</sup> Em princípio, portanto, a celeridade é apenas uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única.<sup>251</sup>

Por derradeiro, enquanto cláusula indeterminada, indispensável que o preenchimento hermenêutico da razoável duração processual observe (i) a complexidade da causa, (ii) o comportamento das partes, (iii) o comportamento do juiz, (iv) a relevância do direito reclamado em juízo para o litigante,<sup>252</sup> (v) além dos efeitos das medidas de urgência reclamadas pela parte requerida,<sup>253</sup> critérios estes erigidos pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Verifica-se, portanto, que a dimensão da tempestividade, hoje vista pelas lentes da razoável duração do processo, integra o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional, ao lado da efetividade e da adequação.

## 2.5 UMA NOVA MIRADA: A DIMENSÃO HUMANISTA DA TUTELA JURISDICIONAL

### 2.5.1 A insuficiência da noção clássica de tutela do direito material

Como assentado no primeiro capítulo, a fase instrumentalista do Direito Processual foi responsável pela retomada do estudo científico da tutela jurisdicional. Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, o retorno do tema a processualística moderna constituiu legítimo desdobramento do postulado da instrumentalidade,<sup>254</sup> visão do direito processual que destaca o resultado do processo como fator de garantia do direito material.<sup>255</sup>

Eis a razão epistemológica, inclusive, de geralmente se conceituar a tutela jurisdicional enquanto resultado da atividade jurisdicional, referindo-se à finalidade jurisdicional de se prestar tutela aos direitos subjetivos materiais. Segundo esta visão, o direito à tutela jurisdicional deveria ser pensado a partir das necessidades do direito material, cumprindo ao legislador estruturar o procedimento e predispor as técnicas processuais à vista

---

<sup>250</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...*, op. cit., p. 264-265.

<sup>251</sup> BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, op. cit., p. 49.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 265-266.

<sup>253</sup> CABRAL, *A duração razoável do processo...*, op. cit., p. 97.

<sup>254</sup> DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno...*, op. cit., p. 353

<sup>255</sup> BEDAQUE, *Direito e processo...*, op. cit., p. 37.

da tutela efetiva dos direitos substanciais, corolário da garantia constitucional de inafastabilidade de jurisdição.

Se é certo, entretanto, que a fase instrumentalista foi responsável pela retomada científica da categoria da tutela jurisdicional, parece igualmente correto afirmar que o instrumentalismo, enquanto metodologia, não esgota ou determina o estudo contemporâneo da tutela jurisdicional.<sup>256</sup> Ao contrário, apenas o recupera, colocando em destaque a necessidade de se pensar este novo instituto fundamental do processo a partir de influxos científicos modernos.

Inevitável, nessa linha, indagar: qual seria a epistemologia atual a amparar o estudo contemporâneo do Direito Processual (e, conseqüentemente, da categoria da tutela jurisdicional)? Apesar de não pairar um consenso doutrinário sobre a fase metodológica hodierna em que se insere a Ciência Processual, discorrendo os processualistas de nosso tempo sobre as diversas correntes científicas de suas respectivas escolas – tais como o neoprocessualismo,<sup>257</sup> o formalismo-valorativo,<sup>258</sup> o neoinstitucionalismo,<sup>259</sup> o garantismo processual<sup>260</sup> etc. – possível consentir que o estudo contemporâneo do Direito Processual Civil encontra-se fundamentalmente atrelado ao paradigma constitucional, epistemologia que embora permita variadas concepções acerca da metodologia que constitui o processo, aceita a exigência de se interpretar e aplicar os institutos processuais a partir dos direitos e garantias

<sup>256</sup> Sobre as críticas endereçadas ao instrumentalismo: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire; DIAS Ronaldo Brêtas de Carvalho (coord.). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 9-26; LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 166, dez./2008, p. 27-70.

<sup>257</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

<sup>258</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>259</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>260</sup> CANTEROS, Fermín. **Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal**. Rosário: Juris, 2012; AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011; \_\_\_\_\_. AROCA, Juan Montero. *El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía*, **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 32, n. 32, 2006; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?, **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun., 2017.

fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, sintonizando-se, portanto, em torno de uma visão constitucional do processo.<sup>261</sup>

Esta é, aliás, a diretriz positivada no artigo 1º do Código Processual em vigência, o qual preconiza: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

A propósito, considera-se que a concepção constitucional de processo permite a ampliação dos horizontes da categoria da tutela jurisdicional para além do resultado praticado no plano do direito material, englobando também os meios preordenados à realização do direito material, isto é, a dimensão do procedimento, das garantias constitucionais e das técnicas processuais. Igualmente, é por meio dessa perspectiva constitucional que se amplia os horizontes da extensão subjetiva da tutela jurisdicional, admitindo seja ela dirigida também ao vencido, à luz do contraditório.

Como ensina Flávio Luiz Yarshell, seja pelo ângulo jurídico (certeza decorrente da declaração judicial), seja pelo ângulo social (pacificação), a superação da controvérsia e a estabilidade do regramento imposto pelo provimento estatal significam formas de tutela também ao vencido,<sup>262</sup> incorporando, indistintamente, ambos os polos da relação jurídica processual.

Não só. O paradigma constitucional de processo ainda permite cogitar de uma reformulação do pensamento tradicional a respeito do conceito de tutela jurisdicional, transformação embasada na observância deontológica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Possível, portanto, cogitar de uma reorientação funcional da tutela jurisdicional, a qual passaria a considerar não apenas a tutela de direitos materiais, mas também – e precipuamente – a tutela das pessoas.

---

<sup>261</sup> Sobre a visão constitucional do processo: CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade. Vol. 1.** Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos des derecho procesal civil.** 4. ed. Montevideo: Bdef Editorial, 2010. No Brasil: MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1.** São Paulo: Forense, 1958, p. 85; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973; NERY JR., **Princípios do processo na Constituição Federal...**, op. cit., p. 42-48; BUENO, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...**, op. cit., p. 90-91; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 27-28; ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>262</sup> YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 32.

## 2.5.2 A mudança de paradigma: da tutela de direitos à tutela das pessoas

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, sob a óptica de um processo civil de resultados, a tutela jurisdicional deve visar não apenas direitos, mas também pessoas. Trata-se da reafirmação da tutela do homem como finalidade precípua do processo. Conforme pontua o processualista paulista:

[...] Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos direitos como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda e proteção. Como técnica destinada a proporcionar ao homem melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito.

[...] Nessa perspectiva, em que prepondera a preocupação pelo resultado útil de cada experiência processual na vida comum das pessoas em relação com outras ou com os bens, levam-se em conta, de um lado, as pretensões insatisfeitas que impulsionam as pessoas a demandar e, de outro, o modo como ficará cada uma dessas pretensões depois do processo findo. São essas as duas pontas do iter de inserção do processo na vida em sociedade - ou seja, a realidade precedente ao processo, que legitima sua celebração, e a realidade sucessiva ao processo, criada por ele.<sup>263</sup>

Com isso, não pretende o processualista paulista afirmar que a tutela jurisdicional não se voltaria, propriamente, à tutela do direito material. Ao contrário, a tutela jurisdicional “considera-se em primeiro lugar definida e dimensionada pelo direito material”,<sup>264</sup> no sentido de que cumpre sempre a este atribuir bens, direitos, obrigações e situações jurídicas às pessoas, segundo as *fattispecie* coincidentes aos modelos abstratos contidos nas normas. Tudo isso corresponde ao modo como a situação concreta se equaciona diante das categorias do direito material e às determinações ditadas, razão de se cogitar de tutelas preventiva, inibitória, sancionatória, reparatória, ressarcitória para as variadas *fattispecie* de direito material estabelecidas.<sup>265</sup>

Tal não justifica, porém, que o processo civil seja pensado exclusivamente em função do direito substancial. Aliás, “seria muito pobre e insuficiente pensar o escopo do processo como mera tutela de direitos subjetivos”. A tutela jurisdicional volta-se também às

<sup>263</sup> DINAMARCO, **Fundamentos do processo civil moderno...**, op. cit., p. 379-380.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>265</sup> *Ibid.* p. 390-391.

pessoas, que sempre “recebem alguma espécie ou grau de tutela ao fim do processo, ainda que direito algum exista ou que sobre a situação jurídica-material o juiz não se pronuncie”.<sup>266</sup>

Forçoso concordar com o professor das Arcadas. Pensar a tutela jurisdicional no paradigma do processo civil constitucional implica assumir os ônus que o constitucionalismo dirigente impõe ao Direito Processual, o que leva necessariamente à incorporação da perspectiva humanitária em sua atividade-fim, seja ela interpretativa ou aplicativa. Ora, a tutela jurisdicional, vista enquanto meios ordenados à consecução das atividades processuais ou enquanto resultado produzido no plano da vida social deve ter como legítimos destinatários às pessoas que acessam a justiça e não apenas o direito subjetivo afirmado em juízo.

Com efeito, se hoje se aceita como ponto pacífico o paradigma constitucional de processo, ergue-se daí o dever de sua interpretação-aplicação à luz do regramento constitucional. Até por uma questão de coerência o compromisso político do processo civil não pode ser outro senão o de concretizar os objetivos estampados na Carta Democrática de 1988, do contrário estar-se-ia investindo em uma constitucionalização hipócrita, verdadeiro *mise-en-scène* metodológico.<sup>267</sup>

Do ponto de vista teórico, portanto, o compromisso político do processo civil deve ser extraído da realização dos fundamentos e objetivos impostos pela Constituição Federal, em especial o resguardo à dignidade da pessoa humana, a promoção da cidadania, a garantia do acesso à justiça, a erradicação da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, além do combate ao preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. Mais ainda, se aceito como instrumento político-constitucional, o processo civil deve servir à garantia e à promoção dos direitos humanos,<sup>268</sup> promessas do Estado Democrático de Direito que se manifestam tanto na ordem jurídica interna (direitos fundamentais) quanto na ordem jurídica externa (direito internacional dos direitos humanos), irradiando aplicabilidade imediata a partir das normas que referendam o chamado bloco de constitucionalidade.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> Com esta visão, parece concordar Yarshell quando acena “reconhecer a existência de uma tutela do processo é também reconhecer que existe uma tutela dos sujeitos que integram a relação jurídica processual”. YARSHELL, **Tutela jurisdicional...**, op. cit., p. 31.

<sup>267</sup> Refuta-se, nessa linha, o chamado cinismo epistemológico, ou seja, o discurso deliberado que acena inserir-se a Ciência Processual no paradigma constitucional (art. 1º, CPC/2015), dele aproveitando apenas o que convém, desconsiderando todos os ônus relacionados a aplicação de uma verdadeira interpretação constitucional do processo.

<sup>268</sup> Sobre a garantia dos direitos humanos e o confronto com a legislação interna pela perspectiva italiana, conferir: CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. 2. ed.. Milano: Giuffrè, 1982, p. 03-12.

<sup>269</sup> A teoria do bloco de constitucionalidade deita origem na jurisprudência do Conselho Constitucional francês, em que assentada a somatória da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à Constituição Francesa de 1958, conforme sentença 71-44-DC de 1971. Neste sentido: BARROSO, Luís

Nesta senda, enquanto pressuposto metodológico do processo civil atual, a tutela jurisdicional não pode permanecer alheia a estes influxos, evitando-se indesejada descontextualização com o estágio científico atual da disciplina. No fundo, a colocação da tutela dos direitos como finalidade do processo corresponde, na dogmática processual civil, à proeminência da pessoa humana diante do Estado Democrático no plano constitucional.<sup>270</sup>

Essa assertiva encontra plena ressonância em nossa dogmática processual hodierna, seja pela já citada previsão do artigo 1º, seja pela indicação expressa no artigo 8º do dever de “resguardar e promover a dignidade da pessoa humana na aplicação do ordenamento jurídico”.

Tal comando inaugura um modelo de atividade jurisdicional centrado na pessoa humana, permitindo um “deslocamento deontológico do que o processo civil tem sido – formalista, incoerente, autoritário, ineficiente, antidemocrático e injusto – para o ‘dever ser’ da concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões”,<sup>271</sup> resultando em um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional por meio de um processo justo, eficiente e humano.

Cumpre, outrossim, à técnica processual a oferta dos meios operacionais pelos quais possa o juiz adequar a tutela jurisdicional a partir das necessidades concretas das partes, buscando resultados efetivos no plano da realidade social. É possível, portanto, cogitar de uma mudança de paradigma em relação à tutela jurisdicional: migra-se da tutela dos direitos à tutela das pessoas.

Esta dimensão humanista da tutela jurisdicional, que não tende a eliminar a possibilidade de adaptação do processo às especificidades do direito material, intenta reafirmar o fator legitimante das normas processuais, afastando a exclusiva concepção de tutela como forma de proteção a direitos subjetivos abstratos.

Diferentemente do que ocorre em relação aos processos de cunho objetivo (ex: controle concentrado de constitucionalidade), nem sempre a salvaguarda jurisdicional recairá sobre o ordenamento jurídico abstrato, alcançando, muitas vezes, a dimensão existencial do próprio jurisdicionado. Daí porque se falar também em tutela das pessoas, a depender, evidentemente, da espécie de pretensão deduzida.

---

Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

<sup>270</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo curso de Processo Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 286.

<sup>271</sup> VIDIGAL, Erick. O novo CPC e a dignidade da pessoa humana: primeiros passos rumos à construção de uma doutrina humanista de Direito Processual Civil. In: FREIRE, Alexandre *et. al.* **Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Vol. I**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 611-632.

### **2.5.3 Um dos caminhos possíveis à tutela jurisdicional humanista: a consideração da vulnerabilidade no processo**

De acordo com os fundamentos antes citados, acredita-se ser possível investir em um conceito de tutela jurisdicional que esteja funcionalmente orientado à tutela das pessoas. Mais ainda, plausível pensar o procedimento e a predisposição da técnica processual levando em consideração as necessidades concretas dos sujeitos processuais, ainda que tal perspectiva não se manifeste como uma vicissitude evidente no plano do direito material.

Alguns exemplos podem ilustrar melhor a situação afirmada. Imagine-se a situação de uma mulher em condição de violência doméstica e familiar que, agredida e expulsa de casa pelo marido, deseja promover uma ação de divórcio, sem, porém, poder revelar o local de seu domicílio atual, em razão do risco a que submetida. Esta mulher, certamente, encontrará dificuldades processuais ante a exigência imposta pelo artigo 319, inciso II, do Código Processual de 2015, podendo, ainda, suportar restrições ulteriores de a seu direito à comunicação processual adequada dos atos processuais. Da mesma forma, uma pessoa deficiente visual que objetive uma reparação civil dificilmente conseguirá acessar o andamento eletrônico de seu processo, considerando a barreira tecnológica do sistema informatizado hoje existente nos Tribunais brasileiros. De outra banda, uma pessoa em situação de rua sem documentação pessoal provavelmente verá obstaculizado o exercício de uma pretensão assistencial deduzida, caso não preencha os requisitos de qualificação da petição inicial.

Em todas as situações ora ventiladas, o direito material, isto é, a pretensão de se divorciar, de obter uma reparação ou o efetivo resguardo assistencial do Estado, permanece intocado no plano do ordenamento objetivo, não havendo qualquer especificidade ou vicissitude que demande adequação concreta da técnica processual. O que motiva, ao invés, a necessidade de adaptação procedimental nos casos concretos indicados é a própria situação peculiar dos sujeitos apontados, que, em razão de involuntária vulnerabilidade social, suportam dificuldades que reverberam fragilidades no contexto processual.

Mais do que possível, portanto, é indispensável que o processo civil volte sua atenção a estas situações cotidianas nos foros brasileiros, calibrando o procedimento à luz das dificuldades sociais impostas pela realidade em que inseridos os sujeitos vulneráveis. Muda-se, nesta perspectiva, o paradigma do processualista: a tutela jurisdicional passa a se preocupar com as pessoas por trás dos autos e não somente com as necessidades abstratas do direito material que ela afirma e espera obter.

Compreende-se que um dos caminhos mais prementes para esta empreitada, à luz dos compromissos políticos e sociais assumidos pelo Estado brasileiro nesta quadra da história, passa pela consideração da vulnerabilidade dos sujeitos processuais que acessam à justiça em busca da tutela jurisdicional. De um lado, resguardando sua dignidade, igualdade e direito à diferença. De outro, combatendo a discriminação, a exclusão e a marginalização social, elementos que obstaculizam o exercício do acesso à justiça.

Inúmeros desafios, entretanto, se evidenciam diante desta proposta de tutela jurisdicional humanista. Talvez, o principal deles seja a dificuldade de se trabalhar um conceito jurídico de vulnerabilidade, tema de recorte interdisciplinar ainda pouco explorado pela doutrina no campo do Direito.

Outro fator de complicação remete à vasta miscelânea de situações de vulnerabilidade hoje existentes, assim como a ampla heterogeneidade social verificada em relação aos grupos vulneráveis brasileiros (ex: pessoas em situação de rua, mulheres vítimas de violência, refugiados, indígenas, idosos, pessoas com deficiência etc.).

Premente se faz investir, portanto, em um estudo mais aprofundado do tema, desvendando não apenas a extensão e a adequada compreensão do termo vulnerabilidade, mas também os potenciais jurídicos desta ferramenta epistemológica.

É o que se pretende no próximo capítulo.



## PARTE II - VULNERABILIDADE

### CAPÍTULO 3 – VULNERABILIDADE: EXTENSÃO E COMPREENSÃO DO TERMO

#### 3.1 BREVES NOTAS SOBRE A TRAJETÓRIA EVOLUTIVA DA VULNERABILIDADE

Todo ser humano é vulnerável. Esta afirmação acompanha a humanidade desde os primórdios da civilização. O mito de Aquiles, por exemplo, conta a história do herói grego que, mergulhado por Tétis nas águas do Rio Estige (“Rio dos Infernos”), tornou-se imortal, exceto pelo calcanhar, região por onde sua genitora o segurava. Após auxiliar os gregos na famosa Batalha de Tróia, Aquiles encontrou seu destino em meio a uma emboscada arquitetada por Páris, que atingiu seu calcanhar com uma flecha (orientada por Apolo), colocando fim à sua breve vida. Desde então, o “ponto fraco” por onde alguém pode ser atingido permanece conhecido como “calcanhar de Aquiles”.<sup>272</sup>

Na obra “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles igualmente aborda a questão da vulnerabilidade sob a ótica da mortalidade humana. Para o pensador ateniense, esta seria uma virtude responsável não apenas por estabelecer a consciência acerca da própria finitude, bem como por reconhecer a existência de nossa fragilidade mesmo após a morte.<sup>273</sup> Daí a razão, segundo Aristóteles, de investirmos na busca de uma vida virtuosa. Da mesma forma, no Império Romano, Sêneca dedicou boa parte de seus discursos à brevidade da vida, relacionando o fato de sermos vulneráveis com a fatalidade do tempo.<sup>274</sup>

Todos estes escritos antigos levam a uma inevitável conclusão: a vulnerabilidade preexiste às relações sociais. Aliás, muitos autores consideram-na um fator decisivo para a própria reunião em sociedade, suposto remédio a espantar os riscos predatórios de uma vida em solidão. Segundo Frédérique Fiechter-Boulevard, embora a vulnerabilidade não constitua sinônimo de mortalidade, ela consubstancia a razão pela qual os seres humanos se unem socialmente, afastando os perigos da singularidade.<sup>275</sup> Assim, o homem só poderia ser encarado

<sup>272</sup> VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens**. Trad. Rosa Freire d’Aguiar. São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 95-97.

<sup>273</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 21-25.

<sup>274</sup> SÊNECA. **Sobre a brevidade da vida**. Trad. William Li. São Paulo: L&PM, 1993, p. 14.

<sup>275</sup> FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). **Vulnérabilité et le droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en**

enquanto ser social em razão de uma vulnerabilidade pré-existente, de modo que a própria criação do Estado e a regulação da vida por leis teriam como fundamento implícito este “estado de vulnerabilidade natural”. Conforme aduz: “*C’est parce que l’homme est par nature un être vulnérable qu’il est un être social et c’est parce qu’il est un être social qu’il a recours aux règles de droit [...] la vulnérabilité de l’homme précède l’esprit des lois*”.<sup>276</sup>

Paradoxalmente, a fuga da vulnerabilidade natural rumo ao Estado de Direito relegou à humanidade outras formas de vulnerabilidade, estas reproduzidas em meio à gramática social dos conflitos humanos. A convivência sob um regime imune às vicissitudes humanas desbravou terreno fértil para o crescimento de novas vulnerabilidades, estas decorrentes não apenas da impossibilidade de acesso equânime a bens e recursos referidos em lei, mas também da imposição de um padrão de vida liberal-burguês universal, inflexível às particularizações sociais.<sup>277</sup>

Já no século XX, é possível notar uma metamorfose operada sobre o conceito de vulnerabilidade. Assim, se antes vista como um fato natural, responsável por impulsionar a necessidade de proteção estatal à luz da legalidade, com o fim da II Guerra Mundial a vulnerabilidade passa a ser encarada como um instrumento funcional, condensando um poderoso indicador de fragilidades acerca de indivíduos e grupos sociais marginalizados. Passasse, nesta fase, da noção de uma certa vulnerabilidade (natural) para uma vulnerabilidade certa (social).<sup>278</sup>

Vista sob este prisma, a vulnerabilidade transforma-se em verdadeira ferramenta epistemológica,<sup>279</sup> capaz de simultaneamente embasar distintas abordagens disciplinares, oferecendo, ao mesmo tempo, uma plasticidade conceitual permissiva à designação de aspectos singulares da realidade social.

Não por outra razão, Marion Blondel afirma que, com o aparecimento de uma sociedade de risco,<sup>280</sup> “a vulnerabilidade infiltra-se gradualmente na medicina, na economia, na

---

*droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 15.

<sup>276</sup> FIECHTER-BOULVARD, *La notion de vulnérabilité...*, op. cit., p. 16.

<sup>277</sup> “o paradigma individualista e voluntarista que emerge do direito privado moderno rejeitando a identificação da vulnerabilidade (*vulnus, vulnerare*: aquele que pode ser ferido), fraqueza de indivíduos ou grupos, ainda que em muitas situações não se tenha hesitado em conferir mesma eficácia de incapacidade em razão do sexo (assim o *status* jurídico da mulher no direito privado clássico), ou a identificação de um não sujeito nas hipóteses de escravidão de humanos, como no Brasil se estabeleceu em razão do critério de raça”. MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

<sup>278</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, TÂNIA da; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7.

<sup>279</sup> BLONDEL, Marion. *La personne vulnérable en droit international*. Droit. Université de Bordeaux, 2015, p. 18.

<sup>280</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

ecologia e na política internacional”,<sup>281</sup> tornando-se capaz de designar, indiferentemente, o isolamento de uma pessoa idosa, a concorrência de uma empresa no mercado, o risco terrorista, o hackeamento de um sistema informático, a fragilidade de uma área geográfica ou as chances de sobrevivência de uma espécie animal.<sup>282</sup>

Esta interdisciplinariedade vivenciada pela vulnerabilidade em tempos pós-modernos faz desta categoria um potente dispositivo heurístico,<sup>283</sup> imbuído de potencial prospectivo, que serve tanto à explicação de novas situações experimentadas na interação, quanto ao questionamento de realidades empíricas anteriores. Há, nesta senda, um princípio progressivo intrínseco a toda forma de vulnerabilidade, que orienta um agir voltado à tentativa de superação desta condição de fragilidade.<sup>284</sup>

Por tudo isso, a vulnerabilidade pode ser encarada como uma categoria analítica vigorosa nos dias atuais, razão de sua ampla difusão nos mais diversos ramos do saber. Contudo, apesar de suas nítidas vantagens científicas, a vulnerabilidade vê-se constantemente exposta a uma contradição ou paradoxo:<sup>285</sup> o uso corriqueiro ou rotular, tendente a designar a tudo e a todos de vulnerável, torna seu conceito igualmente vulnerável – ao menos em uma perspectiva epistêmica –, afinal, como ensina a lógica, “se tudo é vulnerabilidade, nada é vulnerabilidade”.

Sobressai, portanto, a necessidade de uma delimitação científica a respeito de seu conteúdo, pressupostos, características e limites. É o que se pretende alcançar neste primeiro capítulo.

---

<sup>281</sup> BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 15.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>283</sup> PERONI, Lourdes ; TIMMER, Alexandra. *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nº 4, Oxford University Press and New York University School of law, 2013, p. 1.059.

<sup>284</sup> PERONI; TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept...*, op. cit., p. 1.059.

<sup>285</sup> Em diversas passagens, Peroni e Timmer revelam estes paradoxos: “*Vulnerability is a concept fraught with paradox. To start with, the concept is in common use but its meaning is imprecise and contested. Confusing, complex, vague, ambiguous are but a few of the labels scholars across disciplines have used to refer to it. [...] A central paradox of vulnerability is that it is both universal and particular. Both of these features arise in the first place from our embodiment: as embodied beings we are all vulnerable, but we experience this vulnerability uniquely through our individual bodies. [...] The fact that vulnerability can be used as a heuristic device points to the next paradox inherent in the concept: it can be deployed both to diagnose the “is” and the “ought.” In other words, vulnerability is analytically both a descriptive and prescriptive tool. The problem is that the bridge between the descriptive and the prescriptive powers of vulnerability is not easy to build. Especially ethicists struggle with the question how vulnerability can have prescriptive force, since embodied vulnerability is known to trigger both care and abuse; [...] Within the legal literature there is a tension between group-based and universalitybased deployments of vulnerability. This seems due to the paradoxical nature of the concept. On the one hand, vulnerability is often used to analyze specific populations; on the other hand, Martha Fineman has developed a vulnerability thesis that is expressly universal in its scope and “post identity.”*”<sup>30</sup> Fineman objects to applying the term vulnerability only to specific groups”. PERONI; TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept...*, op. cit., p. 1.059-1060.

### 3.2 PRINCIPAIS NOÇÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE

Ao longo do tempo, é possível extrair duas grandes noções acerca da vulnerabilidade: a vulnerabilidade natural e a vulnerabilidade social.

Em uma primeira acepção, a vulnerabilidade pode ser encarada sob uma perspectiva biológica, consistindo na predisposição à mortalidade e ao sofrimento que atingem, inexoravelmente, todos os seres vivos. Nessa linha, todo ser humano é vulnerável por conviver com outras espécies (ex: predadores), por apresentar necessidades e fragilidades em relação ao meio natural em que inserido (ex: condições climáticas, necessidade de oxigênio etc.) e por estar fatalmente sujeito à finitude da vida.

Uma segunda acepção, a seu turno, revela uma perspectiva social da vulnerabilidade, a qual, afastando-se de suas condições naturais, encontra na própria convivência humana uma situação de risco. Pressupõe, neste aspecto, uma relação prejudicial entre seres humanos, podendo se originar tanto da exploração, da marginalização e da distribuição desigual de bens e recursos, quanto da dominação cultural, do desrespeito e da obstaculização ao exercício de igual cidadania.

Note-se, portanto, que a análise da vulnerabilidade pode mudar conforme a lente de conhecimento utilizada, pois se para as ciências biológicas toda pessoa pode ser considerada vulnerável por poder ser tocada em seu complexo biopsíquico, para as ciências humanas ela pode significar “a exclusão (total ou parcial) de um determinado grupo da participação ativa nas relações de poder”,<sup>286</sup> interferindo de diferentes maneiras na autonomia dos indivíduos.

Etimologicamente, o termo vulnerabilidade parece atender a ambas estas dimensões. Neste sentido, o verbo latino *vulnerare*, derivado do radical *vulnus*, que remete a “ferir, lesar, penetrar”, associando a vulnerabilidade ao “lado fraco de um assunto ou questão” ou ao “ponto por onde alguém pode ser atacado ou ofendido”.<sup>287</sup> Na linha do que observa Frédérique Fiechter-Boulevard, seu conteúdo expressa uma inevitável ideia de risco,<sup>288</sup> o qual pode ser tanto natural quanto social.

<sup>286</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

<sup>287</sup> MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

<sup>288</sup> “*Précisément, la vulnérabilité est le caractère de ce qui est vulnérable, adjectif qui signifie «qui peut être blessé». Cette définition renvoie à l’idée de risque.*” FIECHTER-BOULVARD, **La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit...**, op. cit., p. 14.

Percebe-se, portanto, que ambos os fundamentos podem subsidiar um significado à vulnerabilidade, tornando indispensável, para os fins pretendidos nesta pesquisa, promover um recorte metodológico que permita seja ela trabalhada a partir do Direito.

### 3.3 A BUSCA POR UM CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Em que pese o acerto das ciências naturais em afirmar que toda pessoa é biologicamente vulnerável, tal reflexão diz muito pouco perante uma ordem de valores juridicamente compartilhados. Ora, se a vulnerabilidade atinge a todos os seres humanos de igual maneira, crível supor esteja ela previamente incorporada ao Direito, tornando despicienda toda e qualquer discussão jurídica doravante relacionada ao tema.

Tal visão, contudo, é limitada, sobretudo por desconsiderar a geometria que a vulnerabilidade pode ostentar no plano da interação social. Neste sentido, as múltiplas formas de vulnerabilidade, somada a diversidade de estados pessoais de suscetibilidade, tendem a atrair um olhar específico para algumas experiências jurídicas, projetando uma ampla reflexão acerca de seu adequado tratamento.

Como afirma Marion Blondel, é uma questão de considerar não a vulnerabilidade ontológica, comum a todos os seres humanos, mas uma vulnerabilidade particular, impactante ao Direito. A ciência jurídica deve, portanto, focar suas energias nesta segunda espécie de vulnerabilidade, transformando-se em instrumento de ação voltado à reversão de situações geradoras de eventos susceptíveis de tornar algumas pessoas mais vulneráveis que outras.<sup>289</sup> Em síntese, é sobre “esta vulnerabilidade relativa, esse ‘defeito da couraça’, que a lei pode buscar compensar seu papel de pacificação, harmonização da sociedade e redução das desigualdades mais flagrantes”.<sup>290</sup>

Assim, embora não se possa prescindir do olhar das demais ciências no trato com a vulnerabilidade, ao Direito cumpre um papel bastante específico frente ao tema: responder aos diversos impactos que a vulnerabilidade causa na experiência intersubjetiva entre cidadãos, a partir do sistema de regras e princípios constitucionais que fundamentam a experiência jurídica moderna.

Sob esta ótica, toda pesquisa que pretenda trabalhar o tema da vulnerabilidade sob o prisma jurídico, ainda que mantenha os pés firmes em premissas sociológicas, morais ou

---

<sup>289</sup> BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 23.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 24.

políticas, não pode se afastar de uma perspectiva deontológica do fenômeno, evitando os riscos de uma análise descontextualizada.

Como veremos ao longo deste trabalho, a conceituação da vulnerabilidade, porém, não é unânime no plano jurídico. É o que se verifica, por exemplo, em relação à aproximação do termo com as minorias no Direito Internacional ou com a hipossuficiência no âmbito do Direito Privado. No Brasil, aliás, muito comum esteja a vulnerabilidade associada a uma noção consumerista, sobretudo em virtude da previsão do vocábulo no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, inc. I).

Afinado, porém, em outro diapasão, este trabalho pretende discutir o tema a partir de uma perspectiva jusfilosófica de direitos humanos. Para tanto, foram erigidas três premissas epistemológicas a fundamentar o estudo jurídico da vulnerabilidade: o paradigma multicultural, a insuficiência da igualdade distributiva e as teorias do reconhecimento.

### 3.4 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS AO ESTUDO JURÍDICO DA VULNERABILIDADE

#### 3.4.1 O multiculturalismo

É impossível distanciar o debate envolvendo pessoas e grupos vulneráveis do multiculturalismo, também denominado pluralismo cultural ou cosmopolitismo. Em apertada síntese, o multiculturalismo pode ser conceituado como o paradigma histórico, político e social no qual se inserem Estados multinacionais e multiétnicos,<sup>291</sup> nos quais convivem, voluntária ou involuntariamente, diferentes culturas, povos e nações.<sup>292</sup> Ele se opõe ao *monoculturalismo* não apenas por reconhecer a diversidade cultural existente na sociedade, mas principalmente por propor transformações nas estruturas sociais que permitam o respeito à diferença, a inclusão de grupos marginalizados e a harmonia intercultural entre os povos.

Assim, no campo filosófico, o multiculturalismo se propõe a superar a dicotomia entre as doutrinas universalistas<sup>293</sup> e relativistas dos direitos humanos, pois, ao mesmo tempo

<sup>291</sup>A distinção entre Estado multiétnico (convivência entre povos e nações derivada de processos de imigração) e Estado multinacional (convivência entre povos e nações derivada de processos voluntários – federação - ou involuntários – invasão, conquista ou cessão) é de Kymlicka. Nesse sentido: KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

<sup>292</sup> Destacam-se, na atualidade, cerca de 180 Estados independentes em que convivem aproximadamente 600 grupos linguísticos e mais de 5.000 grupos étnicos. KYMLICKA, *Multicultural citizenship...*, op. cit., p. 1.

<sup>293</sup> “o panorama estabelecido pelo pensamento moderno apresenta o sujeito como fundamento da vida em sociedade, da organização política e do conhecimento, atribuindo-lhe um conjunto de características que

em que critica a existência de valores morais absolutos (modelo liberal clássico), reprova a valorização excessiva das especificidades de cada cultura, opondo-se à "absolutização das diferenças".<sup>294</sup> Lança, ainda, novas luzes sobre o debate envolvendo liberais e comunitaristas,<sup>295</sup> pois reconhece a diferença como bem social primário da civilização, sem, contudo, excluir de sua dimensão os princípios liberais existentes nas democracias modernas (ex: respeito à autodeterminação, liberdade religiosa, liberdade de expressão etc.).<sup>296</sup>

Igualmente, nos domínios da psicologia, o multiculturalismo atribui renovada importância à conquista da identidade e da autoestima pelos indivíduos,<sup>297</sup> influenciando observações recíprocas entre *alter* e *ego* na interação. Já na sociologia a epistemologia multicultural recupera a importância do indivíduo para o funcionamento das estruturas sociais, tornando obsoleto o discurso da sociedade como estrutura ou objeto estático.<sup>298</sup> Tal também

---

possibilitam a sua tomada como alicerce da nova ordem social: universalidade, individualidade, autonomia e abstração. Trata-se, em primeiro lugar, de um sujeito universal porque nesta categoria se encaixam todos os seres humanos, sem espaço para particularismos de ordem racial, sexual, étnica ou cultural. Ao mesmo tempo, é um sujeito individual porque o homem é considerado como ser concreto e independente, com exigências próprias, detentor do direito de autossatisfação. É também um sujeito autônomo porque livre e capaz para pensar e agir por si mesmo, para deter direitos e exercê-los. Finalmente, esse sujeito possui um caráter abstrato, uma vez que todo e qualquer homem empírico pode ser enquadrado na categoria 'sujeito', tendo a capacidade de – por intermédio de um método racional (e impessoal) – atingir a verdade sobre as coisas, e de estabelecer de maneira livre e racional os princípios éticos que regerão sua própria vida. [...] Assim, a racionalidade política da modernidade aponta para o reconhecimento de que apenas se possa falar em direitos na medida em que haja um sujeito capaz para exercê-los, tendo em vista ser a sua vontade livre e racional o único fundamento da sua existência". GUANDALINI JR., Walter. O sentido do teu mundo. *In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord). Direito à diferença – aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-71.

<sup>294</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. A construção intercultural da igualdade e da diferença. *In: A gramática do tempo: para uma nova cultura política.* São Paulo: Cortez, 2010, p. 282-285.

<sup>295</sup> "Quanto ao confronto entre liberais e comunitaristas, pode-se dizer que ele esteve e está centrado na discussão entre a tese liberal de emancipação dos indivíduos das concepções teleológicas de 'bem', por um lado, e na exigência, observada pelos adeptos do pensamento comunitário, de limitar o divórcio entre identidade individual e valores socialmente transmitidos, por outro. O ideal multicultural retoma e coordena ambas as instâncias, por entender que a proteção e o reconhecimento das tradições culturais dos grupos, presentes nas modernas sociedades pluralistas, é de fundamental importância para a liberdade do indivíduo e suas possibilidades de desenvolvimento pleno". OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. Diversidade cultural e a efetivação dos direitos humanos. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). Direito à diversidade.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 27-42.

<sup>296</sup> Destacando a impropriedade de se enquadrar o multiculturalismo como concepção antiliberal ou puramente comunitarista, ensina Gargarella: "os grupos minoritários em questão tendem a compartilhar a enorme maioria dos princípios liberais prevaletentes em muitas sociedades modernas (respeito pela liberdade de expressão, respeito pela liberdade religiosa etc.). Algo semelhante costuma ocorrer com os grupos que emigram para países com culturas democráticas, provindos de países não democráticos: a maioria desses imigrantes tende a adotar rapidamente as práticas de orientação liberal que regem as sociedades que os recebem". GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.* 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 162-163.

<sup>297</sup> TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and the Politics of Recognition.* Princeton: Princeton University Press, 1992.

<sup>298</sup> Supera-se, neste sentido, o modelo de Durkheim, que descreve a sociedade como um todo orgânico, estável e vinculado a um território. Cf. DURKHEIM, Émile. *Da divisão social do trabalho.* Trad. Eduardo Brandão. 2. ed.. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999. Sobre a valorização do indivíduo no processo de interação social

ocorre na antropologia, em razão da revalorização das práticas linguísticas para a constituição cultural do sujeito moderno ocidental.<sup>299</sup> Daí porque se afirmar neste trabalho a concepção de multiculturalismo enquanto paradigma, sobretudo por inaugurar uma epistemologia<sup>300</sup> inédita de se compreender, explicar e aplicar as ciências sociais, do qual não se afasta, inexoravelmente, o Direito.

Neste sentido, ao chamar a atenção para o pluralismo cultural existente no mundo globalizado, o multiculturalismo desconstrói a utopia etnocentrista pretendida pelo passado colonizador ocidental, escancarando a impossibilidade lógica e axiológica de se pretender uma cultura hegemônica no mundo moderno.<sup>301</sup> Evidencia, ainda, a necessidade de Estados democráticos reconhecerem e respeitarem a diversidade de cada minoria ou grupo vulnerável, seja promovendo medidas inclusivas em relação à sociedade majoritária, seja mediando conflitos entre os próprios grupos vulneráveis.<sup>302</sup>

Contudo, em que pese as inegáveis contribuições científicas deste paradigma, o multiculturalismo é objeto de muitos questionamentos enquanto método explicativo da realidade social globalizada. Isso porque seus pressupostos laboram a partir de uma realidade convencional, em que o indivíduo participa do processo construtivo, estando sujeito, portanto, aos influxos do poder e da história.<sup>303</sup> Ao apoiar-se na instabilidade, no construtivismo, na diversidade humana e na relatividade científica, o paradigma multicultural contrapõe-se à

---

e sobre a sociedade enquanto processo em construção, conferir: SIMMEL, Geog. **Sociologia**. Evaristo de Moraes Filho (org.). São Paulo: Ática, 1983; GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>299</sup> É o que aponta Michael Peters, cf.: PETERS, Michael. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Isso não significa, porém, que a cultura seja o componente exclusivo da constituição do sujeito. Neste sentido, DESCOLA, Philippe. **Outras naturezas, outras culturas**. Trad. Cecilia Ciscato. São Paulo: Editora 34, 2016.

<sup>300</sup> Segundo Andrea Semprini, quatro são os principais aspectos da epistemologia multicultural: i) o construtivismo da realidade (a realidade é um construído e não um dado real); ii) a interpretação é subjetiva e depende do horizonte de sentido do intérprete; iii) a relatividade dos valores e das verdades; iv) todo conhecimento é um fato político (ou seja, condicionado pelas condições concretas de onde surge, das relações de força que estabelece, pelos sistemas de interesse aos quais serve e aos grupos que ora institui, ora marginaliza). SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

<sup>301</sup> Ana Maria D'ávilla Lopes aponta para a existência de duas formas básicas de multiculturalismo: a) o multiculturalismo comunal e corporativo, o qual se volta contra o Estado e deriva da politização das lutas travadas pelas minorias na busca por direitos historicamente negados; b) o multiculturalismo ideológico, o qual se volta ao combate ao monoculturalismo, demandando uma reconstrução histórica do saber construído. LOPES, Ana Maria D'ávilla. Tolerar para coexistir, dialogar para conviver: desafios do multiculturalismo. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74-77.

<sup>302</sup> “[...] tratar-se-ia de uma dupla tentativa de se proteger a diversidade: i) a diversidade de minorias e grupos vulneráveis em relação à sociedade majoritária; e ii) a diversidade entre os grupos minoritários e vulneráveis”. JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. *In*: **Direito à diferença...** (Vol. 1), op. cit., p. 13-30.

<sup>303</sup> SEMPRINI, **Multiculturalismo...**, op. cit., p. 166.



segurança, à objetividade e ao racionalismo do modelo de conhecimento cartesiano ocidental, inaugurando inúmeras problemáticas relacionadas ao futuro da convivência humana.

Mas qual seria o caminho para concretização dos escopos do multiculturalismo emancipador?<sup>304</sup> Boaventura de Souza Santos foi um dos autores contemporâneos que melhor trabalhou a questão.<sup>305</sup> Partindo da ideia de incompletude de toda cultura, o sociólogo português avança ao propor o que denomina de hermenêutica diatópica,<sup>306</sup> técnica dialógica capaz de conduzir diferentes culturas à compreensão e respeito mútuos, evitando a canibalização argumentativa, caracterizada pela apropriação de diferentes universos de sentido (*topoi*) de uma cultura não-hegemônica por outra hegemônica. Da aplicação dessa técnica, dois imperativos se ergueriam como condição de possibilidade para o avanço discursivo intercultural: i) das diferentes versões de uma dada cultura, deveria ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade (versão que mais reconhece o outro); ii) as pessoas e os grupos sociais teriam o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.<sup>307</sup>

Tal proposta dialoga com a concepção de Joaquín Herrera Flores a respeito de um universalismo de chegada em detrimento de um universalismo de partida,<sup>308</sup> ampliando os horizontes cognitivos e discursivos a respeito da própria cultura, sem prescindir de insights reflexivos a respeito da cultura alheia.<sup>309</sup> A partir destes preceitos, estariam, portanto, estabelecidas as bases para uma política progressista de convivência intercultural à luz de uma concepção emancipatória dos direitos humanos.<sup>310</sup>

<sup>304</sup> Segundo Andrea Semprini, é possível pensar em quatro grandes modelos de espaço multicultural: a) o modelo liberal clássico; b) o modelo liberal multiculturalista; c) o modelo multicultural maximalista; d) o modelo multicultural emancipador. SEMPRINI, **Multiculturalismo...**, op. cit., p. 140-142.

<sup>305</sup> Consoante expõe o sociólogo português, o multiculturalismo pretende oferecer salvaguarda contra a desigualdade, exclusão e desintegração das identidades causadas pelo avanço do capitalismo na sociedade globalizada, inserindo-se em um contexto de crise de soberania dos Estados-nações, em que o rompimento das fronteiras geográficas favorece as tensões sociais decorrentes do choque entre diferentes culturas. Frente a esse risco de dominação intercultural, sugere que as sociedades periféricas evitem o chamado “localismo globalizado” (exportação de determinada cultura como padrão ou referência), a fim de amenizar os deletérios efeitos do “globalismo localizado” (impacto que as práticas transnacionais geram às culturas locais). SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural dos direitos humanos**. São Paulo: Lua nova. Revista de Cultura e Política, n. 39, p. 105-124, 1997.

<sup>306</sup> A *hermenêutica diatópica* seria, assim, a técnica dialógica responsável por franquear a comunicação entre os diferentes lugares comuns de argumentação e os universos de sentido de cada discurso cultural (*topoi*).

<sup>307</sup> SANTOS, **Uma concepção multicultural dos direitos humanos...**, op. cit., p. 105-124.

<sup>308</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **La reinvencción de los derechos humanos**. Madrid: Atrapasueños, 2005, p. 144-157.

<sup>309</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 292.

<sup>310</sup> Como acertadamente conclui Clarice Seixas Duarte, a proposta de Boaventura de Sousa Santos é criar um “metadireito intercultural” apto a conduzir uma articulação pós-colonial e multicultural, negando a homogeneização e a ideia de unidade cultural nacional estatal, sem, contudo, cair na fragmentação pura e simples. Equilibra-se, neste passo, “direito à igualdade e reconhecimento da diferença”. DUARTE, Clarice

Nessa linha, o multiculturalismo aponta, simultaneamente, para uma descrição (representada pela multiplicidade cultural existente no mundo e nos Estados) e para um projeto (identificado pela formação das bases cívicas necessárias para a convivência pacífica entre os povos).<sup>311</sup> Referida concepção tende a enxergar na diversidade cultural o espaço privilegiado para a denúncia de contradições da cultura hegemônica e para a articulação de lutas políticas contra a exploração e dominação entre os povos.

Todo o panorama sobre o multiculturalismo aqui apresentado se associa, inexoravelmente, à teorização em torno da vulnerabilidade e sua relação com o Direito. Ora, se vivemos tempos de fragilização de fronteiras geográficas, caracterizados pela convivência multiétnica e pelo pluralismo cultural, necessário repensar as bases legais e institucionais, de maneira a permitir o respeito à diversidade e à inclusão de indivíduos e grupos vulneráveis. Ao Direito, portanto, o paradigma multicultural apresenta novas exigências, desconstruindo a falsa noção de que remédios liberais impostos pela maioria serviriam a cura de todos os males experimentados pelas minorias.

### 3.4.2 A insuficiência da igualdade material distributiva

Outra premissa fundamental para a discussão envolvendo a proteção jurídica de grupos vulneráveis é saber que políticas redistributivas são insuficientes para uma adequada garantia do direito à diferença. Para melhor compreender as dimensões da problemática aqui introduzida, necessário um breve esboço histórico.

Durante a Antiguidade Clássica, a noção de igualdade sempre se manteve imbricada à concepção de justiça, então compreendida como virtude moral humana (Platão).<sup>312</sup> Aristóteles, apesar de inicialmente referir-se à justiça universal como unidade de virtudes,

---

Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção à minoria. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord). **Direito à diferença – aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-51.

<sup>311</sup> Como explica Queiroz: “multiculturalismo não é simplesmente o fato de haver culturas no mesmo lugar, mas também a forma como os poderes legais, o Estado e aqueles legitimados pelos múltiplos contextos sociais (a escola, a mídia, a religião e outros) apresentam, organizam e articulam essas várias culturas a fim de que todos/as sejam tratados como iguais. A construção e a expressão da identidade expressam também dimensões plurais, pessoais e sociais. Somos, ao mesmo tempo, singulares e múltiplos, advindos da nossa identidade e do convívio social”. QUEIROZ, M.P.M. **Diversidade e desigualdade: guia de estudos.** Lavras: UFLA, 2010, p. 19.

<sup>312</sup> Inicialmente, na obra *Protágoras*, Platão classificou a justiça como uma das virtudes cardinais, ao lado da sabedoria, coragem e temperança. Posteriormente, na obra *República*, retoma o conceito de justiça, soerguendo-a à virtude humana suprema.

acabou rompendo posteriormente com o ideal platônico, assumindo um modelo particular de justiça, adaptado às relações terrenas.

Segundo o pensador ateniense, a justiça particular estaria dividida em duas formas: a justiça corretiva (ou comutativa) e a justiça distributiva (ou condecorativa). A primeira representaria o ideal de compensação por prejuízos causados nas relações privadas (injúrias), cuja correção seguiria o critério aritmético da dimensão do dano, sem distinção pelas condições pessoais de cada cidadão. Já a segunda serviria à distribuição de vantagens e funções de governo nas relações sociedade-cidadão, operando por meio da proporcional atribuição de honrarias, conforme o mérito político de cada um. Ao contrário da justiça corretiva, portanto, a justiça distributiva consubstanciaria uma “justa medida” (*mesón*), voltada à garantia da isonomia política. Daí a clássica fórmula aristotélica: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.<sup>313</sup>

Essa indiferença em relação à igualdade socioeconômica se manteve presente ao longo de toda a Idade Média, influenciando pensadores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Com o advento do Iluminismo, a igualdade reformula-se a partir do ideal liberal-burguês, constituindo instrumento de proteção à liberdade dos cidadãos. Cria-se, portanto, a concepção de *igualdade formal*, ou seja, de que a lei deveria destinar o mesmo tratamento a todos, independentemente das particularidades individuais, evitando o favorecimento de classes.

Nesta época, a humanidade assiste à reconstrução do pensamento filosófico, a partir das contribuições da escola racionalista. Edifica-se uma noção de igualdade materialmente neutra, baseada no direito natural e no contrato-social. Referido paradigma foi posteriormente retomado por Immanuel Kant sob a ótica da autonomia moral do sujeito, influenciando também o pensamento de Adam Smith, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, responsáveis pela difusão do liberalismo econômico (*laissez-faire, laissez-passer*).

O Liberalismo começa a experimentar seu declínio apenas ao final do século XIX, época que crava o início das revoluções proletárias. Após a I Guerra Mundial (1914-1918), o mundo presencia a positivação dos direitos sociais nas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), iniciando um debate em torno dos pleitos por igualdade concreta. Este

---

<sup>313</sup> Imperioso constatar que tanto a concepção platônica quanto a concepção aristotélica de igualdade jamais tangenciaram a questão da redistribuição de bens e recursos aos cidadãos em situação de desigualdade socioeconômica. Mesmo para Aristóteles, que idealizou o conceito de distribuição, a justiça permanecia atrelada à redistribuição de vantagens, honrarias e instrumentos de participação política, servindo mais à manutenção do regime excludente na Polis do que à superação das vulnerabilidades existentes na sociedade ateniense. Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

panorama acaba potencializado, posteriormente, pela crise capitalista de 1929 e pela ascensão dos regimes nacional-totalitários na Itália e Alemanha. Após a II Guerra Mundial (1939-1945), um esforço global é inaugurado pela manutenção da paz e pelo incentivo às políticas de bem-estar social (*Welfare State*), favorecendo a reconstrução dos sistemas jurídicos em torno da noção de dignidade do homem. Referido panorama projeta novas luzes sobre a concepção de igualdade, a qual passa a ser enxergada, principalmente, pela ótica substancial, orientando-se para a redistribuição de bens e recursos entre os cidadãos. Os objetivos das reivindicações por isonomia eram claros a esta altura: universalizar os direitos sociais, a partir da interferência estatal, renivelando a balança em favor dos mais débeis.

Doravante, a crise de implementação do *Welfare State*, somada à decadência dos regimes socialistas, impulsionou um deslocamento das discussões políticas para além da redistribuição de bens e recursos, favorecendo o surgimento de novas pautas de reivindicação na arena pública, estas voltadas ao reconhecimento de identidades e à superação de práticas sociais discriminatórias. Estas novas exigências de justiça passam a fundamentar a perseguição de objetivos opostos aos perseguidos pela concepção de igualdade distributiva. Assim, enquanto as políticas redistributivas visavam “universalizar a igualdade, reduzindo as diferenças”, as políticas de reconhecimento intentavam “enaltecer a diversidade, particularizando a diferença”.

Neste novo panorama sociológico, é possível perceber que mesmo nas sociedades mais igualitárias economicamente, medidas redistributivas foram incapazes de lidar com temas como machismo, discriminação étnica, preconceito racial, dentre outros cancos sociais que denunciam a limitação da noção de igualdade substancial para o enfrentamento de práticas segregadoras.<sup>314</sup>

Muitas vezes, aliás, o que se vê é justamente o inverso: por não carregar em si medidas estruturais transformativas, medidas redistributivas acabam favorecendo a manutenção de um *status quo* hegemônico, onde o excluído acaba inferiorizado e estigmatizado perante o restante social, mesmo sob o desfrute das chamadas “ações afirmativas”. Cite-se, como exemplo, o caso das cotas em universidades públicas para a população negra.

Há ainda situações em que ações afirmativas instrumentalizadas por remédios redistributivos implicam grave dano ao segmento social que se objetiva proteger. Foi o que

---

<sup>314</sup> Como exemplifica Boaventura de Sousa Santos, em questões envolvendo racismo e preconceito racial, o princípio da exclusão se assenta na hierarquia de raças, enquanto a integração desigual decorre da exploração colonial. Já no machismo, o princípio da exclusão se assenta na distinção entre o espaço público e o privado, enquanto a integração desigual decorre do papel doméstico relegado à mulher e à desvalorização da força de trabalho. SANTOS, **Uma concepção multicultural...**, op. cit., p. 105-124.

ocorreu no Brasil com o programa “Bolsa Família”, quando destinado ao pagamento de salários-maternidade a índias parturientes,<sup>315</sup> fato que acabou levando à disseminação da “pecúnia” entre as comunidades tradicionais e à monetarização das relações indígenas, criando a figura de índios ‘ricos’ e ‘pobres’, até então inexistente no seio das comunidades afetadas, frente à ausência da noção de “classe” e “desigualdade de renda”.

Isso não significa, evidentemente, que as políticas redistributivas não possuam importância na reversão de quadros sociais discriminatórios. Em países de desigualdade abissal e democracia tardia (como é o caso do Brasil), as políticas distributivas se afiguram extremamente necessárias para reequilíbrio do contexto social e redução da marginalização. Contudo, quando aplicadas isoladamente, tais medidas geralmente se revelam insuficientes à reversão de quadros discriminatórios, especialmente se levada em consideração a perspectiva das vulnerabilidades histórico-identitárias.

A partir destas reflexões, impróprio se torna contrapor igualdade à diferença. A igualdade se opõe à desigualdade, revelando-se pela injusta distribuição de bens e recursos sociais, decorrentes da concentração de renda e do monopólio das classes dominantes. De outro giro, a diferença se opõe à uniformidade, à padronização, ao arquétipo, acarretando o não reconhecimento de identidades. Nota-se, portanto, a importância da adoção de políticas de reconhecimento e medidas de inclusão nas sociedades contemporâneas, as quais tendem a provocar transformações estruturais nos sistemas e nas instituições, inserindo a dinâmica do respeito à diferença e do reconhecimento dos povos discriminados frente ao *ethos* sociopolítico dominante.

Este cenário dialoga, novamente, com a temática da vulnerabilidade. Neste sentido, ao revelar a inadequação do princípio da igualdade a subsidiar o tratamento das contemporâneas reivindicações por justiça, a vulnerabilidade evidencia a impropriedade de se continuar a trabalhar todos os conflitos sociais a partir de remédios jurídicos distributivos.

### 3.4.3 As teorias do reconhecimento

Tentou-se demonstrar até aqui que a temática da diferença e do reconhecimento das vulnerabilidades se insere no contexto do multiculturalismo, paradigma que procura conciliar a convivência entre diferentes culturas, povos e nações, tornando possível o diálogo

---

<sup>315</sup> ARAÚJO, Fabíola Souza. **Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 91.

intercultural e o respeito à diversidade. Ao mesmo tempo, viu-se que a garantia deste direito não encontra plena tutela à luz de políticas redistributivas fundamentadas na igualdade material econômica, fazendo-se necessário considerar também políticas inclusivas frente aos arranjos sociais. Falta ainda demonstrar que a temática do reconhecimento, categoria científica objeto de profundos debates interdisciplinares na pós-modernidade,<sup>316</sup> se associa ao paradigma jurídico da vulnerabilidade.

Na filosofia, paira certo consenso que os estudos da juventude de Georg Wilhelm Friedrich Hegel marcam as primeiras meditações envolvendo o tema do reconhecimento.<sup>317</sup> Na obra “A fenomenologia do espírito”, é possível identificar a famosa alegoria entre o “senhor e o escravo”, escrito que retoma o caráter dialógico da construção da identidade.<sup>318</sup> A partir de conceitos de Maquiavel (“estado de conflito social” e “luta pela autoconservação humana”) e Thomas Hobbes (“estado de natureza” e “necessidade do contrato-social”), Hegel agrega um componente moral aos conflitos sociais: as lutas por reconhecimento. Para o autor, essas lutas não seriam apenas o fator propulsor da formação do indivíduo em relação à sua autonomia, mas também o motor responsável pela evolução histórica e social, à luz da eticidade. Conforme propõe sua teoria, a subjetividade (consciência-de-si) só se manifestaria em perspectiva interacional (intersubjetividade), só se podendo cogitar da própria identidade a partir de relações mantidas em alteridade. Logo, seria a partir da diferença com o outro que se edificaria a própria subjetividade.

Embora tenha se debruçado sobre o reconhecimento ainda na juventude de Jena,<sup>319</sup> não havendo por parte de Hegel maior teorização ulterior acerca do tema, suas reflexões

---

<sup>316</sup> Para uma visão geral sobre estas diferentes percepções acerca do reconhecimento, conferir: MATTOS, Patrícia de Castro. **A sociologia política do reconhecimento. As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

<sup>317</sup> Não se pretende afirmar com isso, que autores anteriores não contribuíram para o desenvolvimento de uma teoria filosófica do reconhecimento. O próprio Hegel vai buscar em autores como Maquiavel, Hobbes e Rousseau as bases para agregar aos conflitos sociais a busca por reconhecimento. Ademais, como afirma Taylor: “[...] na época anterior o reconhecimento nunca se mostrou como um problema. O reconhecimento geral estava embutido na identidade socialmente derivada em virtude do próprio fato de se basear em categorias sociais que todos tinham por certas. Mas a identidade interiormente derivada, pessoal, original, não goza *a priori* desse reconhecimento. Ela tem de obtê-la por meio do intercâmbio, e sua tentativa pode malograr. O que surgiu com a era moderna não foi a necessidade de reconhecimento, mas as condições em que a tentativa de ser reconhecido pode malograr. Eis por que essa necessidade é agora reconhecida pela primeira vez. Em épocas pré-modernas, as pessoas não falam de ‘identidade’ nem de ‘reconhecimento’ – não porque não tivessem o que chamamos de identidades ou porque estas não dependessem de reconhecimento, mas porque estas eram então demasiado sem problemas para ser tematizadas em si”. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 248.

<sup>318</sup> Basicamente, a alegoria descreve a dialógica e paradoxal relação de dependência entre o senhor e o escravo na formação das respectivas identidades. Dialógica porque tanto o senhor é dependente do escravo, como este é dependente daquele na formação de sua identidade e visão de mundo. Paradoxal porque à medida que necessita do escravo para obter sua autoestima o opressor se rebaixa ao mesmo nível do oprimido, só então obtendo reconhecimento.

<sup>319</sup> A “juventude de Jena” costuma ser apontada como o período dos primeiros trabalhos de Hegel, época em que

serviram de instigante ponto de partida para autores pós-modernos compreenderem as relações mundanas.

É com base nas premissas hegelianas, por exemplo, que Charles Taylor<sup>320</sup> insere a tônica do reconhecimento no centro das discussões políticas do multiculturalismo e das críticas dirigidas ao liberalismo político. Recapitulando a concepção de lutas por reconhecimento, o filósofo canadense revisita o ideal de identidade prescrito na modernidade, que passa da noção de honra (formadora das hierarquias sociais) para uma noção de dignidade (condição universal atribuída ao homem), responsável por repelir o tratamento desigual entre cidadãos na esfera pública. Em sua antropologia filosófica, Taylor estabelece dois níveis principais em que o reconhecimento se desenvolve: na esfera íntima, em que a formação da identidade (self) decorreria de um contínuo diálogo e da luta com outros significativos; na esfera pública, em que uma política de igual reconhecimento (no sentido da equalização de direitos) caminharia *pari passu* com uma política da diferença, requisitando a consideração da autenticidade de grupos e culturas não hegemônicas.<sup>321</sup>

Ao longo de sua obra, Taylor procura demonstrar ainda a conexão existente entre o reconhecimento e a identidade política do indivíduo, desvendando, de outra banda, as negatividades que o não-reconhecimento surte na esfera pública, criando os chamados cidadãos de segunda classe.<sup>322</sup>

Analisando a doutrina filosófica de Taylor, é possível perceber a marca do comunitarismo em seu pensamento. É por isso que, com fundamento na necessidade pública por reconhecimento, o autor tece duras críticas ao liberalismo político, o qual, embora pregue suposta “neutralidade” em relação aos ideais de vida buscados pelo Estado, em verdade persegue um *modus vivendi* conservador e específico, adotando uma postura “cega às diferenças”. O filósofo defende, nesta perspectiva, que políticas de diferença sejam incorporadas como metas coletivas de vida boa, ao lado dos direitos civis e políticos.<sup>323</sup>

---

lecionou na Universidade de Jena, na Alemanha (1801-1806).

<sup>320</sup> Sobre a temática do reconhecimento, conferir as seguintes obras do autor: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000; TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

<sup>321</sup> “[...] reconhecimento aqui significa algo mais. Com a política da dignidade igual, aquilo que é estabelecido pretende ser universalmente o mesmo, uma cesta idêntica de direitos e imunidades; com a política da diferença, pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas. A ideia é de que é precisamente esse elemento distintivo que foi ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária. E essa assimilação é o pecado capital contra o ideal da autenticidade”. TAYLOR, **Argumentos filosóficos...**, op. cit., p. 251.

<sup>322</sup> Como assevera o autor: “negar reconhecimento pode ser uma forma de opressão”. TAYLOR, **Argumentos filosóficos...** op. cit., p. 289.

<sup>323</sup> A postura de Taylor, porém, traz sérias consequências práticas, a iniciar pela possibilidade de o Estado interferir na liberdade de seus cidadãos, sempre que a identidade coletiva de minorias for colocada em risco pela

Outro filósofo contemporâneo que chegou a trabalhar a temática do reconhecimento, inclusive dirigindo críticas a Taylor, foi Jürgen Habermas.<sup>324</sup> Muito embora o assunto não integre o centro de sua teoria político-filosófica, Habermas chega a debater o tema do reconhecimento a partir de uma visão procedimental,<sup>325</sup> perspectiva em que discorda do autor canadense ao compreender que o processo democrático assegura efetivo respaldo às diferenças culturais. Segundo Habermas, a interpretação de Taylor a respeito do sistema de direitos não abrange um adequado conceito de autonomia individual, afinal diferentes grupos submetidos a normas hegemônicas também devem compartilhar a natureza de coautores do sistema jurídico a que submetidos. Haveria, nesse sentido, uma “equiprocência das autonomias públicas e privadas”.<sup>326</sup>

Interessante observar que, embora não sistematize uma teoria própria acerca do reconhecimento, Habermas defende uma lealdade por parte do cidadão em relação ao Estado, criticando a visão comunitarista no tocante à suposta ausência de neutralidade ética da ordem jurídica estatal.<sup>327</sup> Para ele, toda ordem jurídica seria também expressão de uma forma de vida em particular e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais, concluindo haver uma concordância implícita ou explícita por parte do cidadão em dar continuidade a um projeto constitucional já existente, atendo-se à forma de vida e identidade cultural de outro país.<sup>328</sup>

Apesar de acertada a crítica de Habermas, no sentido de que os indivíduos devem manter sua liberdade de emancipação em relação à própria cultura, o pensamento do autor alemão parece não dialogar suficientemente com a gramática social das lutas por

---

hegemonização cultural. Esta concepção, aliás, pode ser perfeitamente apreendida a partir do paradigmático caso das minorias francófonas da região do Quebec, em que o autor chega a defender a adoção de medidas estatais restritivas à liberdade dos cidadãos quebequenses (ex: proibição de matrícula de alunos em escolas de idioma inglês, proibição de publicidade comercial na língua inglesa etc.), sob a alegação de proteção cultural. Muitas críticas foram dirigidas a Taylor em razão deste posicionamento, argumentando-se, sobretudo, que a proteção cultural não poderia suplantar a liberdade individual de emancipar-se em relação à própria cultura, sob pena de condenação do indivíduo à manutenção de laços culturais insuportáveis.

<sup>324</sup> Para Habermas, as equiparações de situações de vida e posições de poder factuais não podem representar intervenções padronizadoras, a ponto de os pretensos beneficiários verem-se limitados em sua liberdade de conformar a própria vida. Assim, os cidadãos devem poder confrontar-se com sua cultura de origem, dar-lhe continuidade, transformá-la, distanciar-se com indiferença de seus imperativos ou mesmo romper com ela, em uma atitude autocrítica consciente. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 243 e 260.

<sup>325</sup> HABERMAS, **A inclusão do outro...**, op. cit., p. 239.

<sup>326</sup> *Ibid*, p. 242.

<sup>327</sup> Como assevera o autor “faz parte da natureza concreta de matérias carentes de regulamentação que a normatização das vias de relacionamento no medium do direito [...] venha abrir-se para as demarcações de objetivos pela vontade política de uma sociedade”. HABERMAS, **A inclusão do outro...**, op. cit., p. 265.

<sup>328</sup> O autor ainda traz interessante exemplo prático envolvendo a minoria francófona do Quebec: “caso a minoria francófona se constituísse como comunidade jurídica própria, em importantes questões ético-políticas ela iria, pela mesma via democrática, formar outras majorias e chegar a regulamentações diferentes daquelas a que os canadenses chegaram até hoje, em seu conjunto”. *Ibid.*, p. 255.



reconhecimento. Neste prisma, ao pressupor a existência de consensos livres na esfera pública, Habermas desconsidera as evidentes relações de poder presentes na esfera da ação comunicativa, prescindindo da conflituosa dinâmica em que se desenvolvem as relações sociais. É possível, portanto, perceber um perigoso déficit sociológico na teoria habermasiana.

Este pano de fundo influenciou Axel Honneth a desenvolver uma teoria sociológica do reconhecimento.<sup>329</sup> Pertencente à terceira geração de pensadores da Escola de Frankfurt, Honneth resgata diversos conceitos trabalhados por Hegel (consciência-de-si, autorrealização e eticidade), conjugando-os com aportes da psicologia social de Mead, para então tentar comprovar a dependência de situações negativas experimentadas pelos sujeitos para a formação da identidade pessoal. Segundo o autor, o processo de individuação do ser humano só se desenvolveria intersubjetivamente, sobre um pano de fundo cultural no qual se reproduzem lutas morais por reconhecimento, consideradas o “motor” transformativo das relações sociais.<sup>330</sup>

A fim de comprovar empiricamente sua teoria, argumenta ainda que a busca por reconhecimento pode se desenvolver segundo três principais formas: a) amor; b) direito; c) estima social.<sup>331</sup> Nessa última esfera (estima social), travar-se-iam as denominadas lutas por reconhecimento, em que a construção concreta da estima social, além da dependência da esfera alheia (intersubjetiva), se desenvolveria em um ambiente aberto e poroso, em que os objetivos éticos variariam conforme o grau de pluralização do horizonte de valores socialmente definidos.<sup>332</sup> Logo, o alcance de maior estima social dependeria sempre de conflitos por

<sup>329</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

<sup>330</sup> “[...] o processo da individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. A hipótese evolutiva assim traçada, porém, só pode se tornar a pedra angular de uma teoria da sociedade na medida em que ela é remetida de maneira sistemática a processos no interior da práxis da vida social: são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades”. HONNETH, **Luta por reconhecimento...**, op. cit., p. 156.

<sup>331</sup> Ibid., p. 159-211.

<sup>332</sup> Por *amor*, o autor compreende todas as relações primárias que refletem ligações emotivas, tais como as relações entre parceiros sexuais, familiares ou de amizades duradouras, as quais tem em sua gênese uma situação de carência. O amor representa, portanto, o “ser-si-mesmo no outro”, dado depender a autoconfiança individual da carência emotiva e da dedicação mantida em alteridade. Já no plano do *direito*, só faz sentido pensar em direitos subjetivos na medida em que estejam previstas obrigações morais em face do outro. Há, neste prisma, uma atividade cognitiva baseada em um saber moral sobre as obrigações jurídicas que devemos manter em relação às demais pessoas, para fins de autorrespeito. Assim, as relações jurídicas contemporâneas dependem de situações concretas criadoras das condições necessárias para igual participação na esfera pública, palco dos conflitos sociais envolvendo o reconhecimento jurídico. Nessa linha, somente por merecer o respeito alheio é que as pessoas desenvolveriam a consciência de autorrespeito. Por fim, em relação à *estima social*, situada no plano da solidariedade, estariam valorizadas as propriedades e diferenças pessoais de cada ser humano, elemento compartilhado intersubjetivamente. Trata-se da esfera do prestígio social, na qual as diferentes capacidades dos indivíduos são julgadas à luz de critérios predeterminados por valores culturalmente definidos.

reconhecimento entre diferentes grupos, que visam atrair atenção pública e exercer uma força simbólica sobre o panorama cultural hegemônico, agregando a elas o valor de capacidades associadas à sua forma específica de vida.<sup>333</sup>

Mais importante, porém, que o desenvolvimento das três formas de relações recíprocas de reconhecimento, foi a contribuição de Honneth no sentido do não-reconhecimento ou do reconhecimento recusado. Para o autor, esta forma de desrespeito representa uma injustiça não apenas por infligir danos à liberdade de ação alheia, mas, principalmente, por ferir as pessoas em uma compreensão positiva de si mesmas. Estes sentimentos individuais negativos que o não reconhecimento gera na interação seriam, portanto, o combustível responsável pelas manifestações sociais, impulsionando lutas por reconhecimento ao longo da história.

Embora factível, a teoria sociológica de Honneth é passível de críticas de duas ordens. Primeiro, por valorizar exclusivamente o reconhecimento como forma de justiça, fator que exclui a consideração de outras reivindicações para a noção do justo. Segundo, por situar o problema do não-reconhecimento na esfera da subjetividade, fator que dificulta o transporte de sua teoria para o campo jurídico ou político, em razão da falta de aptidão normativa.<sup>334</sup>

Uma das autoras que melhor captou esse contraponto foi Nancy Fraser. Refutando premissas hegelianas sobre o reconhecimento, a cientista política norte-americana compreende o problema do não-reconhecimento a partir de sua dimensão política, isto é, com foco nas instituições, práticas sociais e paridade de participação, o que permite projetar uma noção deontológica acerca do reconhecimento. Ao divergir, portanto, de Honneth a respeito do monismo nas lutas sociais, Fraser compreende uma dualidade de exigências de justiça na pós-modernidade,<sup>335</sup> estando a primeira (redistribuição) ligada a reivindicações por igual distribuição de bens e recursos, exigindo, portanto, medidas redistributivas como forma de superação da injustiça (representada pela noção de desigualdade), e a segunda (reconhecimento) voltada a assegurar a inclusão de grupos excluídos, favorecendo a possibilidade de reversão de temas como preconceito, intolerância e práticas discriminatórias. Diferentemente da justiça redistributiva, o reconhecimento engendraria medidas de combate à injustiça cultural,

---

Nessa linha, quanto maior o grau de cooperação comunitária para a implementação de valores comuns, maior a chance de ganho em termos de estima individual. Segundo Honneth: “quanto mais as concepções de objetivos éticos se abrem a diversos valores e quanto mais a ordenação hierárquica cede a uma concorrência horizontal, tanto mais a estima social assumirá um traço individualizante e criará relações simétricas”. Ibid., p. 200.

<sup>333</sup> A estima simétrica, segundo o autor, seria aquela em que “considera-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum”. Ibid., p. 210.

<sup>334</sup> SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., p. 249-250.

<sup>335</sup> FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

procurando reverter os padrões sociais de dominação simbólica. Em suma, a valorização da diferença e o reconhecimento de identidades centralizariam as reivindicações por justiça pós-modernas.<sup>336</sup>

Apesar da didática separação, Fraser admite um inter-relacionamento entre ambas as exigências por justiça contemporâneas, de modo que tanto as práticas culturais discriminatórias exercem uma influência negativa sobre a dimensão econômica e social dos indivíduos marginalizados, quanto a desigualdade de bens e recursos conduz a possíveis prejuízos na esfera de grupos estigmatizados. Sob este prisma, a satisfação das reivindicações por justiça pós-modernas dependeria da adoção de remédios que mesclassem políticas de redistribuição e políticas de reconhecimento, cuja soma representaria, precisamente, o ideal de justiça do mundo contemporâneo.<sup>337</sup>

Para os fins perseguidos nesta etapa da pesquisa, o debate entre os autores apresentados revela-se bastante profícuo. Inicialmente, verifica-se que o reconhecimento possui tanto uma dimensão individual, que atinge a esfera psíquica e subjetiva da pessoa, quanto uma dimensão intersubjetiva, que alcança a esfera social, ética e jurídica.

Com Taylor e Honneth, é possível concluir, ademais, que a experiência do *não-reconhecimento* traz consequências drásticas não apenas à imagem ou à liberdade das pessoas que a vivenciam, mas à própria concepção de identidade e autoestima compartilhada na interação, introjetando nas pessoas vulneráveis um estigma degradante da autoconsciência, o qual surte efeitos negativos sobre o processo de emancipação, aprisionando a pessoa à condição de subcidadão.

No plano político, é possível verificar ainda que o reconhecimento proporciona uma relevante discussão a respeito da análise de práticas, normas e instituições que negam ou

---

<sup>336</sup> Outra grande contribuição de Fraser, até então não resolvida por Taylor e Honneth, foi introduzir a noção de *legitimidade* nas reivindicações por reconhecimento, algo de há muito trabalhado pelas correntes de justiça redistributiva. Ao afastar-se, portanto, da noção de autorrealização subjetiva do indivíduo, a autora foi capaz de discutir, no plano moral, o fato de que nem toda demanda por reconhecimento é legítima ou justificada no plano político-social, como, por exemplo, as reivindicações de grupos antissemitas, racistas, homofóbicos etc. Nessa linha, uma perspectiva normativa da temática do reconhecimento impediria que estes discursos fossem incorporados como fonte de realização da autoestima na esfera pública. O tema, como se vê, é caríssimo à realidade cotidiana.

<sup>337</sup> Segundo Fraser, tal ideal de justiça pode ser buscado por remédios *afirmativos* e *transformativos*. Sobre o tema, analisa Sarmento: “os primeiros buscam corrigir resultados não equitativos dos arranjos sociais, mas não se voltam à radical alteração de tais arranjos. Os segundos não miram os resultados mas buscam subverter as estruturas econômicas e sociais que os engendram. No campo da redistribuição, políticas sociais de combate à miséria são afirmativas, mas o socialismo, que se propõe a alterar a titularidade dos meios de produção, é transformativo. Na seara do reconhecimento, movimentos que visam a valorizar a identidade de grupos vulneráveis, como as correntes hegemônicas do feminismo e no movimento LGBT, são afirmativas. Já estratégias que procuram desestabilizar e subverter a lógica que diferencia os homossexuais dos heterossexuais, e os homens das mulheres, como as defendidas, respectivamente, pela *queer theory* e pelo feminismo desconstrucionista, são transformativas”. SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., p. 252.

limitam a oportunidade de determinados grupos de participar como iguais nos mecanismos de interação existentes, o que implica repensar ambiências e práticas a partir de métodos de inclusão de grupos marginalizados, sem prescindir da articulação de estratégias de emancipação social frente ao *ethos* político dominante.<sup>338</sup>

Por derradeiro, a partir do pensamento de Nancy Fraser, é possível notar que a exclusividade de remédios voltados a combater a desigualdade socioeconômica não esgota o problema da exclusão de minorias e grupos vulneráveis. Necessário investir, paralelamente, em políticas de reconhecimento das diferenças histórico-identitárias, estas direcionadas à superação de mecanismos de subordinação e exclusão institucionalizados. Nessa linha, a fim de vencer o dilema entre reconhecimento e redistribuição, imprescindível a perseguição de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não reproduza a desigualdade.<sup>339</sup>

Procurar-se-á demonstrar, doravante, que o reconhecimento recusado de grupos vulneráveis acaba por favorecer hipóteses de não inclusão frente à cláusula-geral de acesso à justiça. Antes disso, porém, indispensável buscar uma sistematização científica da categoria vulnerabilidade, epicentro em torno do qual orbitarão possíveis remédios jurídicos debatidos neste trabalho.

### 3.5 O CONCEITO JURÍDICO DE VULNERABILIDADE

Das três premissas epistemológicas até aqui trabalhadas, é possível extrair: i) a questão da vulnerabilidade de indivíduos e grupos encontra-se hoje inserida no paradigma multicultural da sociedade globalizada; ii) o princípio da igualdade substantiva, instrumentalizado por meio de políticas e medidas redistributivas, é insuficiente ao adequado tratamento das reivindicações contemporâneas por justiça envolvendo indivíduos e grupos vulneráveis; iii) faz-se necessário investir em ações e medidas inclusivas que promovam o reconhecimento de grupos e indivíduos vulneráveis à luz da valorização da diferença, do enfrentamento da injustiça cultural e da eliminação de padrões discriminatórios.

Vencidos estes pressupostos, é possível, portanto, caminhar rumo à construção de um conceito jurídico de vulnerabilidade, atendendo a uma ordem metodológica

---

<sup>338</sup> Exemplificando, haveria não reconhecimento diante da criação de “normas matrimoniais que não alcançam a união entre pessoas do mesmo sexo” ou mesmo de benefícios que, em um contexto de igualdade laboral, excluam a igualdade de gênero.

<sup>339</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 43.

contextualizada. Como tarefa prévia, porém, conveniente promover a distinção entre noção e conceito.

Com base na doutrina francesa,<sup>340</sup> a “noção” pode ser caracterizada como a atividade qualificativa da realidade, capaz de indexar um objeto funcionalmente, segundo uma operacionalidade previamente atribuída. A noção mantém, assim, um caráter referencial e intuitivo, cuja flexibilidade operaria de acordo com objetivos predeterminados. De outra banda, o “conceito” pressupõe uma prévia mediação da linguagem. Afirma-se um conceito pelo que ele significa e não em razão de suas consequências. A atividade de conceituar depende, portanto, de um maior grau de abstração, resumindo ou simbolizando fatores (históricos, morais e sociais) que permeiam o fenômeno conceituado.

E por que a distinção entre noção e conceito revela-se relevante? Porque há uma cristalina diferença em afirmar uma noção de vulnerabilidade e um conceito de vulnerabilidade. Ao dizer, por exemplo, que determinado sujeito é vulnerável (ex: consumidor), não está o intérprete investigando ou definindo os elementos pelos quais o indivíduo é considerado vulnerável. Está, ao invés, se utilizando da categoria com o fito de aplicar obrigações normativas a uma situação empiricamente apreendida. Em termos mais palatáveis: trata-se de uma hermenêutica intuitiva, utilitária e operacional, que não oferece uma base ordenadora ao objeto do conhecimento referido.

*Data venia*, esta é a forma como a vulnerabilidade vem sendo trabalhada pela maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, isto é, como uma noção e não como um conceito. Esta dificuldade, aliás, se assoma no contexto nacional, considerando a insistência de se conceituar a vulnerabilidade a partir da dogmática do Direito do Consumidor (art. 4º, inc. I, da Lei nº 8.072/1990), como se o conceito de vulnerabilidade se resumisse ao arquétipo legal instituído pelas normas consumeristas. Daí, inclusive, a necessidade defendida nesta dissertação de se edificar um conceito jurídico de vulnerabilidade, consentâneo com a perspectiva jusfilosófica de direitos humanos.

Como perfiha Marion Blondel, para uma palavra se tornar um conceito, deve estabelecer seu próprio espaço, basear sua ordem, ter uma “história”. Assim, a vulnerabilidade parece hoje atingir este estágio, mobilizando análises transversais e irradiando perspectivas a partir da dignidade humana, da autonomia dos indivíduos e da busca por igualdade.<sup>341</sup> A

<sup>340</sup> BENOIT (F. P.). *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la “Philosophie du droit” de Hegel*. In: GALBERT (J.M.), TERCINET (M.R.). *Mélanges en l’honneur du Professeur Gustave Peiser*. Grenoble, PUG, 1995, p. 23-38; BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 25.

<sup>341</sup> “Si pour qu’un « mot » devienne un “concept”, il doit établir son espace propre, fonder son ordre ; il a une

referência, portanto, à vulnerabilidade, demanda uma precisão científica, sem a qual o tema dificilmente evoluirá no contexto científico.

Com base nas premissas antes trabalhadas, advoga-se o seguinte conceito jurídico de vulnerabilidade: a situação de predisposição a um risco, ostentada por um sujeito ou grupo,<sup>342</sup> a qual, em razão de determinantes históricas, sociais e culturais, favorece uma condição específica de violação de direitos humanos, reprodutora de situações de desrespeito, subjugação, assimetria de poder ou diminuição da cidadania, ofendendo a existência digna.<sup>343</sup>

### 3.5.1 Elementos tipificadores

#### 3.5.1.1 Elemento estruturante

Na trilha do recorte metodológico proposto, é possível extrair um traço comum em toda forma de vulnerabilidade: a condição vulnerável. Este fio condutor, identificado pela situação de risco ou fragilidade derivada de relações de desrespeito, subjugação ou assimetria, responsável pela reprodução de selos oficiais de inferioridade na interação social.<sup>344</sup>

Para a incidência da chamada condição vulnerável, dois elementos estruturantes se fazem presentes: situação de risco<sup>345</sup> e violação de direitos humanos. Estes elementos consubstanciam pressupostos ao enquadramento de indivíduos ou grupos como juridicamente vulneráveis.

No que tange ao primeiro subelemento (situação de risco), este poderia ser definido como a situação de insegurança ou fragilidade que pesa sobre um indivíduo ou grupo, fazendo

---

*“histoire”, qui le fait passer par d’autres concepts ou sur des plans divers », la vulnérabilité semble aujourd’hui atteindre cette étape, mobilisant des analyses transversales, et rayonnant au sein de termes de même caractère, tels que la dignité humaine, l’autonomie ou encore l’égalité. La référence à la vulnérabilité de la personne recouvre des hypothèses variées et potentiellement imbriquées, là où la personne vulnérable appelle la précision de la nature de cette vulnérabilité”.* BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 26.

<sup>342</sup> Concordando que a vulnerabilidade se caracteriza pela noção de suscetibilidade: “no léxico, o vocábulo hipossuficiente retrata ‘pessoa que é economicamente muito humilde; que não é autossuficiente; a vulnerabilidade, por sua vez, refere-se à noção de suscetibilidade’ [...]”. TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 181-182.

<sup>343</sup> Adotando conceito próximo, Tepedino e Schreiber assim argumentam: “*il est commun d’inclure dans le concept l’impossibilité ou la difficulté d’exercer le droit de citoyenneté, l’incapacité de défendre de façon efficaces ses propres intérêts et la soumission devant l’autorité, le contrôle et le pouvoir des autres. Em synthèse, la vulnérabilité est le critère central pour la définition et l’identification des minorités*”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Les minorités dans le Droit civil brésilien. In: Travaux de l’Association Henri Capitant: journées Mexicaines.* Rapport Brésilien, mai./2002, p. 256.

<sup>344</sup> O termo é utilizado por Daniel Sarmiento. Cf.: SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., 263.

<sup>345</sup> Sobre a situação de risco como elemento material da vulnerabilidade, conferir: BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 105.

dele um vulnerável frente ao *mainstream* dominante. Esta definição pressupõe, portanto, uma análise contingencial, isto é, aferida a partir de circunstâncias concretamente reproduzidas na interação.<sup>346</sup>

Nesta perspectiva, a situação de risco seria responsável por pressupor uma relação prejudicial entre pessoas ou entre pessoas e coisas. Premente notar, portanto, que a avaliação desta condição importará sempre uma análise contextual em que inseridos os agentes relacionais (“sou vulnerável em relação a algo ou alguém”). Admite, ademais, franca variação de grau e incidência, de modo que "nem todos sejam atingidos de igual maneira, ainda que estejam em idêntica situação".

Note-se, ademais, que esta realidade pode ser apreendida tanto pela conduta do agente opressor (aquele que subjuga), quanto pela conduta do agente oprimido (aquele que é subjugado), ou mesmo pela dimensão social intersubjetiva em que estas práticas se reproduzem, convergindo todos estes planos de análise para a constatação da situação de vulnerabilidade. Assim, embora relevante o conhecimento da perspectiva *subjetiva* dos agentes relacionais para a aferição da vulnerabilidade, esta não determina a análise em uma perspectiva normativa, cabendo, igualmente, aferir se a situação revela ou não uma situação de risco frente à ótica objetiva.

Um exemplo calha ao debate. Uma mulher negra e deficiente, ainda que efetivamente oprimida no seio social, pode não se sentir subjugada em relação à maioria masculina branca e sem deficiência existente em seu país. Nem por isso deixará ela de ser vulnerável no plano jurídico. Da mesma forma, um grupo pode praticar atos de ódio, discriminação e preconceito contra pessoas que eles identificam como vulneráveis, ainda que estas efetivamente não se enquadrem ou se identifiquem com esta categoria. É o caso, *verbi gratia*, de agressões praticadas contra homens que passeiam de mãos dadas pelas ruas. Desse modo, ainda que não haja uma noção real acerca da orientação sexual das vítimas (ex: podem ser pai e filho), a vulnerabilidade se faz presente, constituindo, portanto, o fator de risco antes debatido (homofobia).

---

<sup>346</sup> Analisando precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, Peroni e Timmer concluem se tratar a vulnerabilidade de conceito *relacional*. Assim, “*the Court locates vulnerability not in the individual alone but rather in her wider social circumstances. The Court’s notion of vulnerable groups is thus relational because it views the vulnerability of certain groups as shaped by social, historical, and institutional forces. In other words, the Court links the individual applicant’s vulnerability to the social or institutional environment, which originates or sustains the vulnerability of the group she is (made) part of. The emphasis on context inherent in the relational character of the Court’s understanding of group vulnerability is in line with contemporary analyses that use vulnerability as a critical tool*”. PERONI; TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept...*, op. cit., p. 1.064.

Ademais, necessário esclarecer duas outras questões relacionadas a este elemento. Por primeiro, dizer que a vulnerabilidade se associa a uma situação de risco equivale a afirmar que ela prescinde da caracterização de um dano ou prejuízo material prévio à sua caracterização.<sup>347</sup> Por segundo, a suscetibilidade ao risco não significa, como se pode inadvertidamente imaginar, que a vulnerabilidade se apresente diante de qualquer risco. Retoma-se aqui a distinção feita inicialmente entre vulnerabilidade biológica e social: não cabe ao Direito interferir sobre qualquer forma de vulnerabilidade, mas, tão somente, em função daquelas que ocasionem uma violação específica, que ofenda valores humanos juridicamente compartilhados.

Estes esclarecimentos dialogam, a propósito, com o segundo pressuposto material à aferição jurídica da vulnerabilidade: a violação de direitos humanos. Ele liga a vulnerabilidade a situações reprodutoras de desrespeito, diminuição da cidadania, exploração, marginalização, assimetria de poder, dentre outras formas de subjugação que ofendam a existência digna. Importante considerar que esta violação específica de direitos humanos pode ser verificada em relação a apenas um indivíduo ou a um coletivo de pessoas. Trata-se, portanto, de conceito que pode ser trabalhado tanto na perspectiva individual quanto sob a ótica transindividual.

Quando avaliado, porém, sob a ótica coletiva, relevante destacar que a condição vulnerável não exige homogeneidade interna do grupo, carecendo também de uma organização estrutural ou mesmo de uma unidade discursiva. Dada à sua natureza contingencial, a vulnerabilidade pode perfeitamente conter uma fragmentação interior de interesses, não exigindo que os agentes relacionais se apoiem em premissas culturais uniformes, eis que nem sempre seus membros compartilharão de linguagens ou posições de poder comuns (ex: afrodescendentes de diferentes classes sociais; refugiados de países e culturas diferentes). Isso, contudo, não descaracteriza a vulnerabilidade do grupo ou classe, a qual, apesar de fluída, permanece adstrita a seu elemento estruturante (condição vulnerável).

Juridicamente, é possível estabelecer ainda uma aproximação entre este elemento integrador e a necessidade de se buscar corrigir práticas, instituições e sistemas sociais a partir de uma noção de igual respeito à diversidade. Ou seja, perante o Direito, a condição vulnerável consubstancia o pressuposto-chave para a reunião de diferentes vulnerabilidades sob a mesma reivindicação deontológica por respeito frente à sociedade majoritária. A presença deste elemento agregador dialoga, portanto, com uma noção de igualdade a partir da diferença.

---

<sup>347</sup> Como se verá em notas ulteriores, esta é a principal distinção entre vulnerabilidade e vitimização.



### 3.5.1.2 Elementos distintivos

Viu-se que a condição vulnerável, tomada em uma acepção ampla, consubstancia pressuposto necessário para a avaliação de um sujeito ou grupo como vulnerável. Incide, neste sentido, enquanto elemento estruturante, permitindo um enquadramento a partir da predisposição de um sujeito ou grupo a uma situação de risco da qual decorra violações específicas de direitos humanos.

Há, doutro giro, elementos que podem ou não se verificar presentes na esfera da interação, sem que isso descaracterize a condição vulnerável. Na verdade, estes elementos decorrem das múltiplas características particulares que a vulnerabilidade pode assumir na esfera intersubjetiva, ligando-se ora às condições pessoais do agente oprimido, ora aos efeitos excludentes praticados na interação.

Tais elementos, aqui denominados distintivos, são os responsáveis por qualificar a situação de fragilidade experimentada na interação. Em síntese, podem ser enquadrados como elementos distintivos a idade, o gênero, a raça, a etnia, o estado físico ou mental, a situação socioeconômica, dentre outras experiências sociais. É possível, assim, cogitar de distintas espécies de vulnerabilidade a partir destes elementos especificadores.

Necessário atentar, porém, que estes elementos não definem a vulnerabilidade enquanto categoria científica, a qual segue identificada por seu elemento estruturante (condição vulnerável). Como dito, os elementos distintivos *qualificam* a vulnerabilidade, à luz de uma dada situação contingente. Juridicamente, portanto, os elementos distintivos são os qualificativos responsáveis pela definição de tipos específicos de vulnerabilidade, as quais influenciam, decisivamente, as ações e os remédios assinalados para seu adequado tratamento. É a partir deste enquadramento, aliás, que se torna possível projetar as bases para um tratamento paliativo ou reversivo da experiência de fragilização, visando à superação desta condição em relação à vulnerabilidade identificada.

Ao contrário, portanto, da condição vulnerável (elemento estruturante), os elementos distintivos consubstanciam a chave conceitual para o reconhecimento da diferença frente ao tratamento destinado à sociedade majoritária. A presença destes elementos dialoga, portanto, com uma noção da diferença a partir da igualdade.

### 3.6 CARACTERÍSTICAS

Tomada em sua totalidade, a vulnerabilidade é ao mesmo tempo um resultado e um estado transitório.<sup>348</sup> Resultado porque o processo de vulnerabilização não deve ser tomado como inato ao homem enquanto condição biológica, sendo antes o produto de um padrão intersubjetivo de comportamento, marcado por determinantes históricas, sociais e culturais. Trata-se, ademais, de condição transitória, porque susceptível de transformações a partir da interação social, a qual se desenvolve dinamicamente. É possível presenciar, nessa linha, tanto o surgimento quanto o desaparecimento de espécies de vulnerabilidade ao longo do tempo. Extraí-se, portanto, a chave para compreender as atuais lutas políticas dos grupos vulneráveis: se as vulnerabilidades foram culturalmente construídas ao longo do tempo, elas podem ser igualmente desconstruídas ou revertidas, a partir do respeito à diferença e da inclusão de grupos marginalizados.

Deste debate sobressaem as principais características da vulnerabilidade: construtividade, reversibilidade, transitividade e interseccionalidade.<sup>349</sup>

Como visto, a vulnerabilidade é um *constructo*, ou seja, um processo histórico e sociocultural de subjugação de grupos estigmatizados. A definição destas identidades, portanto, não consubstancia um dado objetivo da realidade social, sendo antes um processo em contínua construção, originado de escolhas políticas, econômicas e sociais adotadas pelo *mainstream* dominante.

O caso dos afrodescendentes retrata bem esta situação. Negros não nascem vulneráveis. A vulnerabilidade que atinge a população negra não deita suas raízes em padrões fenotípicos (cor da pele). Ao invés, decorre da hierarquização das raças. O mesmo se pode dizer das mulheres, violentamente oprimidas no seio privado não por sua condição biológica, mas pela aceitação de padrões de comportamentos masculinos predominantemente compartilhados.

Nesse diapasão, consubstancia grave equívoco avaliar as diversas formas de vulnerabilidade assumidas na interação a partir de um recorte objetivo e temporalmente estagnado da realidade social. Ela decorre de fatores históricos, sociais e políticos produzidos e reproduzidos ao longo do tempo. Daí sua construtividade.

---

<sup>348</sup> A respeito desta conclusão, conferir o que diz Andrea Semprini a respeito do multiculturalismo. SEMPRINI, **Multiculturalismo...**, op. cit., p. 11.

<sup>349</sup> Adotando entendimento contrário, Peroni e Timmer adotam como características da vulnerabilidade a relatividade, a particularidade e a prejudicialidade. PERONI; TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept...*, op. cit., p. 1066-1070.

Cuida, ademais, a vulnerabilidade de uma condição reversível. Essa afirmação faz sentido quando se parte do pressuposto de que toda vulnerabilidade pode ser revertida ou amenizada à luz de medidas redistributivas e transformativas, desde que, porém, promova-se uma inversão da lógica de marginalização até então reproduzida. Neste aspecto, a vulnerabilidade ostenta uma descontinuidade viável, a depender, sobretudo, de práticas e resultados que reequilibrem as circunstâncias sociais, culturais, econômicas e políticas de interação social.

Ainda, a vulnerabilidade pode ser caracterizada por sua transitividade, isto porque, ao invés de apresentar-se como uma categoria inerte ou estanque, a vulnerabilidade é mutável no tempo, sendo dinamicamente moldada por relações sociais. Apresenta-se, assim, como uma condição fluída, efêmera na história dos povos, podendo agravar-se ou fragilizar-se, a depender das contingências fáticas que a originam, ou mesmo desaparecer frente à gramática dos conflitos sociais.

Por fim, a vulnerabilidade pode ser caracterizada por sua interseccionalidade, representada pela influência recíproca que os diferentes qualificativos (elementos distintivos) podem assumir na esfera da interação. É o que a jurisprudência internacional dos direitos humanos denomina de *overlapping discrimination* (discriminação múltipla).

Assim, *verbi gratia*, o elemento distintivo idade pode influenciar o grau da vulnerabilidade experimentada por um deficiente intelectual, agravando-o ou abrandando-o, assim como a desigualdade de renda pode agravar a vulnerabilidade de gênero ou de raça, a depender da posição social ocupada pelos sujeitos envolvidos.

### 3.7 CLASSIFICAÇÕES

Como já acentuado, a maioria das classificações operadas pela doutrina brasileira operam a partir de uma noção de vulnerabilidade, a qual é corriqueiramente extraída da dogmática de Direito do Consumidor, vinculando-se à necessidade de proteção das relações comerciais em uma sociedade de consumo.

Paulo Moraes, por exemplo, conceitua a vulnerabilidade como o “princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo. A partir desta colocação, extrai uma série de classificações da vulnerabilidade, a saber: i) vulnerabilidade técnica, caracterizada pelo desconhecimento do consumidor frente aos meios utilizados para produzir produtos e seus

efeitos nocivos; ii) vulnerabilidade jurídica, representada pela dificuldade na defesa de direitos nas esferas administrativa e judicial; iii) vulnerabilidade política/legislativa, destacada pela predominância dos interesses da maioria no Parlamento em detrimento das minorias; iv) vulnerabilidade neuropsicológica, identificada pela situação de fragilidade neural que assola o consumidor em tempos de acesso difuso à informação (mecanismos de persuasão e marketing agressivo); v) vulnerabilidade econômica e social, representada pela disparidade de forças existente entre os consumidores e os agentes econômicos; vi) vulnerabilidade ambiental, considerada como o sofrimento decorrente dos efeitos da degradação ao meio ambiente; vii) vulnerabilidade tributária, causada pela restrição interpretativa acerca da consideração do consumidor enquanto contribuinte.<sup>350</sup>

Bruno Miragem, por sua vez, adota critério classificatório mais sofisticado, identificando diferenças entre a proteção da diversidade e da vulnerabilidade. Para o autor, a proteção dos vulneráveis na sociedade contemporânea fundamenta-se no princípio da igualdade em sua dimensão aristotélica (proteger os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade), sendo a desigualdade de forças o fator legitimador do ingresso do Direito para a proteção dos mais fracos, a fim de assegurar efeitos plenos à liberdade individual. De outro lado, entende que a proteção da diversidade teria por premissa o princípio da liberdade individual de ser diferente e ser respeitado em sua diferença, reclamando, portanto, efeitos do princípio da igualdade, em repúdio à discriminação antijurídica.<sup>351</sup>

Partindo desta construção, Miragem classifica a vulnerabilidade como circunstancial (cultural ou histórica) e estrutural (ou fática). A primeira decorreria de situações culturais ou históricas, reprodutoras de fraquezas circunstanciais, as quais motivariam aspirações sociopolíticas e reivindicações de indivíduos e grupos no sentido de “deixarem tal posição”. Seria o caso de mulheres, negros, homossexuais e transexuais. De outro giro, a vulnerabilidade estrutural seria aquela decorrente do mundo fático, qualificada pela posição que indivíduos assumem nas relações jurídicas de que participam. A fraqueza seria, portanto, estrutural, orientando a proteção do Estado em caráter permanente. Neste grupo estariam os pobres, analfabetos, locatários de imóveis residenciais, índios, estrangeiros, migrantes e asilados, vulneráveis e/ou discriminados por uma série de fatores.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141-203.

<sup>351</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67-68.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 68-69.

Dessa visão do autor, é possível extrair ainda outra classificação, com a qual concorda Claudia Lima Marques,<sup>353</sup> tratando-se da diferenciação entre vulnerabilidade permanente (ou perene) e episódica (ou ocasional). De um lado, a vulnerabilidade estrutural seria permanente, exigindo soluções jurídicas perpétuas projetadas no tempo. De outro, a vulnerabilidade circunstancial seria episódica, funcionando como uma etapa temporal das lutas por reconhecimento e efetivação de direitos.

Bruno Miragem ainda conclui que esta vulnerabilidade circunstancial não exigiria, necessariamente, a constituição de um ramo jurídico especial, apartado do sistema geral, reconhecedor de um traço de desigualdade justificador de proteção específica (como ocorre na nossa ordem jurídica interna com consumidores, idosos e crianças e adolescentes). Tal proteção decorreria da própria circunstancialidade da vulnerabilidade, presumindo-se seu desaparecimento pela incorporação dos interesses de indivíduos e grupos no sistema geral, seja pela produção normativa, seja por novos critérios de interpretação e aplicação das normas existentes, ambos contempladores da diferença do grupo em relação à sociedade.<sup>354</sup>

*Permissa venia*, discorda-se destas classificações, sobretudo por entender que elas desconsideram os aportes trabalhados no início desta pesquisa, em especial, as premissas do multiculturalismo, da insuficiência da igualdade material distributiva e as teorias do reconhecimento para o adequado tratamento de conflitos histórico-identitários.

### 3.7.1 Por uma nova classificação: vulnerabilidade socioeconômica e vulnerabilidade sociocultural

Segundo a doutrina, classificar é a operação de dividir um conjunto ou grupo de objetos em classes a partir de critérios preestabelecidos.<sup>355</sup> Trata-se de tarefa operacional, que carrega consigo um objetivo evidente: tornar possível o conhecimento da realidade empírica, a

---

<sup>353</sup> Segundo os autores: “poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”. MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

<sup>354</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito à diferença e autonomia...**, op. cit., p. 69.

<sup>355</sup> “Classificar significa dividir em grupos um conjunto de objetos ou fenômenos, de acordo com algum critério ou com mais de um critério. Assim, as coisas agrupadas em categorias o terão sido em função de características comuns, que terão sido apontadas em virtude do critério eleito para que elas fossem reunidas. Trata-se, evidentemente, de um instrumento para que se possa melhor conhecer a realidade e melhor lidar com ela”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

partir de uma metodologia prévia. Há, ademais, uma funcionalidade ínsita à atividade classificatória, representada pela suscetibilidade de agrupamento de diferentes categorias, em função de características comuns. Assim, as classificações estariam sempre fundamentadas em critérios variáveis, de modo a não existir classificações certas ou erradas, mas sim classificações úteis ou inúteis.<sup>356</sup>

Endossando estes parâmetros, dois são os questionamentos prévios que devem permear toda e qualquer proposta de classificação: a) justifica-se uma nova classificação? b) qual seria a sua utilidade? A resposta para estas indagações parece reconduzir à discussão inicial deste trabalho, especialmente ao enfoque dado às teorias críticas sobre o reconhecimento.

A partir dos estudos de Nancy Fraser, foi possível perceber a existência de uma dualidade de reivindicações por justiça no mundo contemporâneo, cuidando a primeira de exigências de distribuição igualitária de bens e recursos (*redistribution*) e a segunda de exigências identitárias por reconhecimento (*recognition*). Ambos os ideais de justiça demandam, no plano jurídico, remédios distintos para reverter situações de fragilidades suportadas na interação, de modo que, enquanto a desigualdade socioeconômica desafia medidas redistributivas de bens e recursos (ex: concessão de renda aos pobres; programas habitacionais aos sem-teto; distribuição de medicamentos aos enfermos etc.), o não-reconhecimento exige medidas transformativas operadas sobre estruturas, instituições e arranjos sociais existentes (ex: programa de cotas para afrodescendentes nas universidades; políticas de combate ao assédio contra mulheres nos transportes públicos; políticas de inclusão cultural a refugiados etc.). Em que pese à separação, Fraser admite que ambas as exigências de justiça estejam inter-relacionadas na gramática dos conflitos sociais, de maneira que tanto as práticas culturais discriminatórias exercem influência sobre a dimensão socioeconômica dos grupos excluídos, quanto a desigualdade de bens e recursos surtem efeitos na esfera do reconhecimento e inclusão de indivíduos estigmatizados.

Transportando as preocupações de Fraser ao debate aqui instaurado, é possível cogitar de sua aplicação ao cenário das vulnerabilidades sociais, projetando esta dualidade de reivindicações por justiça como remédios afirmativos voltados à reversão de situações violadoras de direitos humanos, seja na esfera da desigualdade socioeconômica, seja na esfera do não-reconhecimento cultural-identitário. A justificativa para tal empreitada deriva, em suma, da inadequação das classificações atualmente existentes sobre a vulnerabilidade em relação à proteção internacional dos direitos humanos.

---

<sup>356</sup> GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32-33.

Nesta ótica, não parece ser possível consentir com a busca por referenciais protetivos em relação à vulnerabilidade a partir do Direito Privado, ramo jurídico que, apesar dos avanços hodiernos, sempre vilipendiou o respeito à diversidade ao longo do tempo, sobretudo pela adoção de valores liberal-burgueses compartilhados pelas maiorias. Tanto é assim que o Direito Civil brasileiro conviveu tranquilamente com o regime escravocrata e com dispositivos misóginos, a ponto de tratar negros como mercadorias e mulheres como relativamente incapazes.

Não se trata de afirmar que o Direito Privado não possa ser repensado a partir dos influxos das demandas por reconhecimento. Longe disso, o que se pretende deduzir é que ele não pode ser a fonte normativa para o desenvolvimento de uma teoria jurídica das vulnerabilidades, a qual deve encontrar supedâneo na doutrina jusfilosófica de direitos humanos, referencial epistemológico que renega reminiscências históricas discriminatórias ou acepções mercantis envolvendo as relações humanas.

Há, ademais, um claro apego da doutrina privatista ao paradigma de justiça redistributiva, que, consoante demonstrado, revela-se insuficiente ao respaldo de muitas exigências de justiça pós-modernas. Daí porque, respeitosa, diverge-se das classificações adotadas por parte da doutrina, que explicitam, por exemplo, haver pertinência em se classificar a vulnerabilidade como permanente ou episódica. Tal criterização leva em consideração, unicamente, a perspectiva subjetiva do sujeito oprimido, deixando de analisar outros fatores contingenciais, tal qual a possibilidade de reversão das vulnerabilidades operadas a partir de medidas transformativas em instituições e arranjos sociais.

Sob esta ótica, por exemplo, uma pessoa detentora de deficiência física congênita (v.g., uma pessoa paraplégica) seria considerada sempre vulnerável (=vulnerabilidade permanente), dada à impossibilidade de modificação de seu quadro clínico do ponto de vista médico-biológico. Como veremos adiante, quando analisarmos o grupo vulnerável das pessoas com deficiência, esta visão de mundo não coaduna com o paradigma protetivo contemporâneo da vulnerabilidade pela deficiência, a qual encara as restrições ambientais praticadas na interação como a principal causa dos obstáculos suportados pelo deficiente (fundamento, aliás, das regras de acessibilidade).

Não se vê, igualmente, pertinência jurídica na abordagem da vulnerabilidade a partir da diferenciação: circunstancial ou estrutural. Ora, toda vulnerabilidade é circunstancial, porque aferida a partir da experiência social reprodutora de fragilidades na interação, assim como também é estrutural, uma vez que tanto a desigualdade quanto o não reconhecimento identitário estão enraizados nas instituições e na gramática das relações sociais.

Nessa linha, não parece haver pertinência prática em classificar “mulheres, negros, homossexuais e transexuais” como vulneráveis circunstanciais, argumentando que sua principal aspiração sociopolítica seria a de “deixar tal posição”, tampouco classificar “pobres, analfabetos, locatários de imóveis, índios, estrangeiros, migrantes e asilados” como grupos vulneráveis estruturais, demandando, portanto, proteção constante do Estado em razão da posição assumida. Como se verá no próximo capítulo, “mulheres, negros, homossexuais e transexuais” não necessariamente aspiram “deixar sua posição” (não em uma perspectiva identitária), exigindo, ao revés, respeito à diferença sociocultural, à luz da autonomia e liberdade individual. Esta mesma situação pode ser comprovada em relação a grupos indígenas, migrantes e refugiados. Igualmente, não se pode afirmar que “analfabetos, pobres e locatários de imóveis” exijam proteção permanente do Estado, bastando observar países onde o analfabetismo foi praticamente erradicado, bem como sociedades com padrões mais igualitários de renda em que estas vulnerabilidades praticamente inexistem. Fatalmente, a vulnerabilidade socioeconômica também é reversível, o que torna a classificação inadequada, ao menos ante as lentes científicas aqui utilizadas.

A partir dessas críticas, defende-se uma abordagem diferenciada para o tema das vulnerabilidades, assim classificada: vulnerabilidade socioeconômica e vulnerabilidade sociocultural (ou histórico-identitária).<sup>357</sup>

No primeiro caso, está-se diante de vulnerabilidades vinculadas à desigual distribuição de bens e recursos sociais, demandando, nessa linha, medidas redistributivas para seu adequado tratamento e reversão, à luz do princípio da isonomia. O objetivo aqui seria a construção de uma sociedade mais igualitária. É o caso da vulnerabilidade econômica (ou hipossuficiência), ligada à ausência ou à prestação deficiente de políticas públicas envolvendo direitos sociais.

Manteriam ainda relação com a vulnerabilidade socioeconômica a ausência de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança pública,

---

<sup>357</sup> Além de Nancy Fraser, está dicotomia parece também encantar a Taylor, como concluem João Feres Júnior e Thamy Pogrebinski: “Taylor reconhece o fato de haver elementos comuns entre as políticas de redistribuição material do estado de bem-estar e as demandas por reconhecimento da diferença cultural. As primeiras exigem que se entendam certos grupos como vítimas de discriminação socioeconômica, enquanto a segunda depende da identificação de grupos que são oprimidos devido a seus modos de vida (cultura). Nos dois casos, a igualdade só pode ser atingida através do tratamento diferencial. Entretanto, há uma distinção entre as demandas que reclamam discriminação reversa como modo de se compensar a opressão histórica e aquelas que reclamam medidas especiais que visam à preservação da diferença em si, *ad infinitum*. As primeiras seriam um desenvolvimento do princípio da igualdade, que apela para a discriminação reversa como meio para se atingir o fim de uma sociedade de iguais. A justificativa final é ainda a igualdade. Consequentemente, uma vez que a discriminação histórica é revertida, as medidas não seriam mais necessárias. Já as segundas não tem como fim a igualdade, mas a afirmação da diferença”. FERES JR., João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Política Contemporânea: uma introdução**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 122-123



previdência social, assim como a assistência aos desamparados. A título ilustrativo, seriam vulneráveis socioeconômicos os enfermos, os hipossuficientes, os trabalhadores e desempregados, os analfabetos, os sem-terra, os sem-moradia etc..

Também o seriam os consumidores, considerando que a vulnerabilidade no âmbito consumerista está umbilicalmente imbricada à desequiparação econômica, de conhecimento técnico e de outras suscetibilidades ligadas às práticas mercantis e às relações de consumo (ex: contrato, publicidade etc.), não se vinculando especificamente a situações histórico-identitárias. Até mesmo porque ninguém se autodenomina conscientemente de “consumidor”, ao menos não em uma perspectiva existencial ou identitária.

Noutro giro, a vulnerabilidade sociocultural refere-se a reivindicações de ordem cultural, histórica ou identitária,<sup>358</sup> cujas aspirações por reconhecimento reclamariam ações e medidas modificativas do status quo social, reclamando uma dimensão inclusiva. O objetivo aqui não seria a construção de uma sociedade de iguais, mas sim de uma sociedade que respeite a diferença. Neste âmbito, se situariam as pessoas com deficiência, as mulheres, os idosos, as crianças e adolescentes, os afrodescendentes, os quilombolas, os indígenas, a população LGBTI, os refugiados, imigrantes e deslocados internos e, em alguns casos, as pessoas em situação de rua.

Assim, muito embora ambas as dimensões corriqueiramente apresentem intersecções, além de consubstanciar espécies de um mesmo gênero (vulnerabilidade social), fato é que a classificação ora proposta permite identificar, de maneira útil e didática, uma referência comum que lhes dá origem, ao mesmo tempo em que sugere a adoção de diferentes medidas, ações e políticas para um tratamento adequado (bifocal) destas reivindicações por justiça contemporâneas.

Não bastasse, a classificação proposta parece atender a uma perspectiva *utilitária*, pois permite orientar a construção de políticas públicas e remédios procedimentais adequados aos conflitos sociais envolvendo indivíduos e grupos vulneráveis, assim como uma perspectiva pedagógica, eis que a adequada compreensão acerca das distintas espécies de vulnerabilidade induz uma reflexão em torno dos distintos clamores contemporâneos por justiça, facilitando o entendimento do intérprete a respeito de motivação de remédios distributivos e transformativos.

---

<sup>358</sup> Sobre reivindicações identitárias, esclarece Andrea Semprini: “Os problemas identitários representam um outro aspecto importante do multiculturalismo. [...] Ela significa as reivindicações de determinadas minorias para que sua especificidade e sua identidade sejam reconhecidas e leis sejam criadas, podendo ir da simples concessão de direitos ou privilégios especiais até à concessão de formas de autonomia política e governamental”. SEMPRINI, **Multiculturalismo...**, op. cit., p. 56.

A roborar este último ponto, basta ter em mente que grande parte da população brasileira não aceita a adoção de políticas afirmativas de cotas para negros em universidades públicas, muito embora endossem tais medidas como justas ou legítimas em função de pessoas carentes.<sup>359</sup> Este é o melhor exemplo a denunciar a confusão que paira no senso comum envolvendo medidas redistributivas voltadas a combater a desigualdade socioeconômica e medidas transformativas tendentes a reverter situações históricas de exclusão identitária.

Considerando que já há produção jurídica doutrinária envolvendo o tratamento das espécies de vulnerabilidade socioeconômica (saúde, educação, distribuição de renda etc.), este trabalho não pretende abordar as situações de desigualdade socioeconômica, tampouco os remédios redistributivos a elas dirigidos, optando por focar energias no estudo das vulnerabilidades socioculturais e nos remédios afirmativos adequados à promoção do reconhecimento e inclusão de indivíduos e grupos estigmatizados.

### 3.8 ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL

De acordo com a classificação proposta, bem como dos elementos distintivos trazidos, é possível reunir as principais espécies de vulnerabilidade sociocultural considerando os fatores de exclusão e desintegração social desenvolvidos na interação social. Neste sentido, é possível cogitar das seguintes espécies de vulnerabilidade sociocultural: etária, étnica-racial, biopsíquica e de gênero.

A vulnerabilidade etária seria, portanto, aquela resultante dos efeitos que a idade gera na relação pessoa-sociedade. Esta vulnerabilidade se manifesta sob duplo aspecto vivencial: a) na ótica da pessoa em desenvolvimento (crianças, adolescentes e jovens); b) na ótica do envelhecimento ou senilidade (idosos). Ambas justificariam, à luz das reivindicações por reconhecimento e inclusão social, medidas de proteção e superação de situações de risco violadoras de direitos humanos, como forma de garantia ao pleno desenvolvimento da cidadania.

A seu turno, a vulnerabilidade étnica-racial se assentaria na hierarquia entre raças e etnias, reunindo, a um só tempo, as fragilidades suportadas por grupos pertencentes a comunidades tradicionais (caso de índios, quilombolas, etc.), minorias étnicas (migrantes, refugiados etc.) além de discriminados raciais (caso dos negros). Todas estas formas de

---

<sup>359</sup> Por exemplo, segundo pesquisa promovida pelo “Instituto Hello Research” em 2015, 48% dos entrevistados seriam favoráveis ao sistema de cotas sociais, ao passo que apenas 38% declararam apoio as cotas raciais. Disponível em: <http://helloresearch.com.br/news/>. Acesso em: 18/11/2018.

vulnerabilidade, apesar da ampla margem de especificidade interna, admitem, como ponto comum, a exclusão derivada da hierarquização étnica ou racial, bem como a desintegração originada da exploração e exclusão, aceitando, portanto, a reunião ora proposta.

Já a vulnerabilidade biopsíquica está associada à questão da deficiência (física, intelectual ou sensorial), cuja análise não pode passar ao largo de barreiras encontradas no meio ambiente físico, social e virtual, evitando uma representação meramente subjetiva da vulnerabilidade, calcada na disfunção biopsicológica da pessoa. A reversibilidade do fator de desintegração social, portanto, gerada pela restrição, limitação e privação de direitos humanos das pessoas que suportam esta espécie de vulnerabilidade não se centra, exclusivamente, na erradicação de patologias ou readequação do paciente aos padrões de “normalidade humana”, exigindo, antes, medidas de superação de barreiras arquitetônicas, comunicacionais, tecnológicas e atitudinais.

Por outro lado, a vulnerabilidade de gênero teria como princípio de exclusão a hierárquica relação entre os sexos (patriarcado), bem como a assimétrica relação de poder desenvolvida entre homens e mulheres nos ambientes público e privado. Esta forma de vulnerabilidade, muito embora admita ampla margem de especificidade interna (assim como a vulnerabilidade étnico-racial), possui o condão de alcançar o risco e a violação de direitos humanos suportados por grupos LGBTI, assentando-se muitas vezes o princípio de exclusão sobre a hierarquização biológica e sobre os papéis sociais reproduzidos pelo padrão binário masculino-feminino.

Por fim, é preciso considerar que as espécies de vulnerabilidade aqui agrupadas segundo fatores comuns de exclusão e desintegração, costumam se influenciar mutuamente, à luz do processo de discriminações múltiplas (interseccionalidade), além da falta de recursos e bens sociais analisados.

Além, entretanto, das combinações existentes, alguns grupos vulneráveis se caracterizam justamente por carregar uma intersecção natural de vulnerabilidades. É o que ocorre, por exemplo, com as pessoas em situação de rua. A depender, portanto, das circunstâncias de exclusão, este grupo pode reunir mais de uma dimensão dos fatores de vulnerabilidade, abrangendo, além da situação de vulnerabilidade socioeconômica, uma ou mais situações de vulnerabilidade sociocultural, como é o caso de mulheres negras em situação de rua, indígenas em situação de rua e transexuais em situação de rua.

Há, outrossim, pessoas em situação de rua que assumem, por assim dizer, esta identidade social de desamparo, o que se dá em razão da reconstrução de laços anteriormente rompidos no ambiente urbano. Renegam, assim, o arquétipo padrão da sociedade atual (ex:

viver em uma casa, constituir uma família etc.). Tais situações, muito embora não excluam outros remédios de reversão da vulnerabilidade socioeconômica, como a instalação de abrigos e banheiros públicos, fornecimento de mantimentos e vestimentas etc., não excluem a dimensão identitária construída por esta população na experiência de marginalização e merecem igual respeito.

Todos os grupos ora mencionados serão examinados com maior detença no próximo capítulo.

### 3.9 DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

#### 3.9.1 Vulnerabilidade e minoria

Historicamente, o termo minoria está vinculado à ideia de inferioridade numérica de um povo ou etnia em relação à população majoritária de um Estado. Como lembra Ana Maria D'ávilla Lopes, o início da história moderna da proteção internacional das minorias teve como marco os conflitos religiosos dos séculos XVI e XVII, situando a Paz de Westfália (1648) como o “primeiro momento histórico” de garantia de direitos de um grupo minoritário (igualdade entre católicos e protestantes).

Após a Conferência da Paz ocorrida em Paris em 1919, formaram-se as bases para a construção do primeiro documento alusivo à proteção das minorias étnicas, religiosas e linguísticas, representado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).<sup>360</sup> Tradicionalmente, portanto, o termo minoria não carrega consigo qualquer alusão à subjugação, incapacidade de exercício da cidadania ou desequilíbrio nas relações de poder, remetendo antes a um pequeno grupo de pessoas, com particularidades étnicas, religiosas ou linguísticas, em situação de não predominância quantitativa.

Como expõe Francesco Capotorti, em famosa definição a respeito do tema, minorias são:

*“[...] un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent*

---

<sup>360</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, muito embora anterior, não fez qualquer menção expressa sobre os direitos das minorias. LOPES, **Tolerar para coexistir...**, op. cit., p. 77-78.

*même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leurs religion ou leur langue”.*<sup>361</sup>

Assim, segundo seu entendimento, a existência de uma minoria constituiria uma questão de fato (*the existence of a minority is a question of fact*), medida segundo critérios objetivos (existência de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes do resto da população; diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população; posição não dominante deste grupo) e subjetivos (vontade comum do grupo de conservar seus rasgos distintivos).

Embora esta percepção continue a embasar o pensamento tradicional acerca das minorias no Direito Internacional,<sup>362</sup> a definição peca por sua descontextualização frente à moderna epistemologia do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que a noção meramente numérica ou quantitativa passa a ser superada sob a ótica da subjugação e das relações assimétricas de poder compartilhadas na interação por grupos estigmatizados (como se verifica, por exemplo, nas hipóteses de discriminação praticada contra mulheres e negros).

Ademais, à luz do multiculturalismo, verifica-se incompleto o método de análise que compreende a vulnerabilidade somente a partir do foco de quem sofre a subjugação, discriminação ou preconceito (dimensão subjetiva do oprimido), sendo igualmente relevante uma perspectiva multifocal, que leva em consideração a ótica de quem discrimina ou estigmatiza (dimensão subjetiva do opressor), bem como a dimensão social intersubjetiva em que estas práticas estão inseridas (vide o elemento estruturante).<sup>363</sup>

<sup>361</sup> CAPOTORTI, Francesco. *Minority Rights: international standards and guidance for implementation*. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, CN. 4, Sub. 2, 384, Rev. 1, item 568. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf). Acesso em 18/10/2018.

<sup>362</sup> “Essa definição acompanha o posicionamento majoritário da doutrina comparada e da legislação internacional que reconhecem apenas como minorias ou grupos com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes ao resto da população do Estado no qual se encontram”. LOPES, **Tolerar para coexistir...**, op. cit., p. 79.

<sup>363</sup> Esta técnica vem sendo observada especialmente na temática voltada à proteção dos grupos refugiados. Segundo Liliana Lyra Jubilut: “A fim de permitir a aplicação deste critério, o direito internacional dos refugiados passou a buscar meios de determinar quando, de fato, ocorreria o pertencimento a um grupo social, e trabalhou inicialmente com a ideia de que tal pertencimento deveria ser verificado a partir da percepção do indivíduo de que fazia parte de um grupo. Contudo, observou-se que tal lógica não era passível de aplicação em todos os casos, pois muitas vezes havia perseguição sem que o indivíduo se entendesse como parte do grupo que estava sendo perseguido. Assim, o direito internacional dos refugiados passou a adotar a lógica de se definir um grupo social a partir da percepção do agente de perseguição, no sentido de que se o agente persegue determinada pessoa por entender que ela faz parte de certo grupo, ainda que ela não o faça ou não se perceba como fazendo, haveria um grupo social”. Adiante, a autora traz ainda outra crítica à noção numérica de minoria, ao afirmar que caso a questão minoritária seja apenas baseada em fatos, talvez se tenha o fato de situações similares serem tratadas de modo diferenciado, podendo haver seletividade na proteção, ou mesmo uma proteção inexistente ou ineficaz em determinados contextos. JUBILUT, **Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis...**, op. cit., p. 13-30.

Importante, portanto, que o conceito de minoria seja encarado a partir de um pano de fundo intersubjetivo, sobre o qual se desenvolvem as relações humanas. De acordo com Liliana Lyra Jubilut, três seriam os elementos basilares para a adequada conceituação de minorias e grupos vulneráveis: i) tratar-se de um construído histórico-político-jurídico-social; ii) constatar-se a diferenciação-diversidade em relação ao restante da coletividade; iii) a subjugação, compreendida como “exclusão (total ou parcial) de um determinado grupo da participação ativa nas relações de poder”.

Apesar de tomar como correto o argumento da irrelevância da distinção conceitual entre minorias e grupos vulneráveis, categorias que compartilham dos mesmos determinantes sociais (construído histórico-político-social, reconhecimento da diversidade e subjugação), crê-se que o significante que melhor retrata ambos os institutos é a vulnerabilidade, a qual engloba tanto as populações quantitativamente inferiores com particularidades étnicas, religiosas ou linguísticas, quanto os grupos majoritários que enfrentam relações assimétricas de poder no plano social.<sup>364</sup>

Dadas estas circunstâncias, o presente trabalho se referirá à vulnerabilidade em sentido *lato*, considerando-a gênero do qual seriam espécies as minorias.

### 3.9.2 Vulnerabilidade e hipossuficiência

Vulnerabilidade e hipossuficiência são temas que, embora se aproximem, certamente não se confundem. O tema não é novo e já foi palco de acirrada discussão na seara consumerista, sobretudo em virtude das previsões contidas nos artigos 4º, inciso I, e 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que ordenam o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" e a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Pelas lentes do Direito do Consumidor costuma-se sustentar que a vulnerabilidade cuida de regra de direito material, submetida à presunção *jure et de jure*, segundo a qual o consumidor seria considerado parte fragilizada da relação de consumo, contrapondo-se ao

---

<sup>364</sup> Esta ideia também é aceita por Tepedino e Schreiber: “*En synthèse, la vulnérabilité est le critère central pour la définition et l’identification des minorités*”. TEPEDINO; SCHREIBER, *Les minorités dans le Droit civil brésilien...*, op. cit., p. 256. De outro giro, Blondel chama a atenção para os perigos de se utilizar a categoria vulnerabilidade para caracterizar também as minorias, o qual possui requisitos científicos próprios (ex: a noção de risco), o que não necessariamente ocorre com as minorias. Cf. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international...*, op. cit., p. 59-60.

fornecedor, parte favorecida pela economia de mercado. Por outro lado, a hipossuficiência retrataria típica regra de direito processual, submetida à presunção *juris tantum*, cujo reconhecimento recomendaria a facilitação da defesa do consumidor em juízo ou a técnica de inversão do ônus da prova.

Divide-se, ademais, a doutrina, a respeito do conteúdo desta hipossuficiência. De um lado, alguns autores equiparam-na à necessidade socioeconômica, como é o caso de Judith Martins-Costa,<sup>365</sup> Ada Pellegrini Grinover<sup>366</sup> e Fernanda Tartuce.<sup>367</sup> De outro, compreendem-na como a necessidade técnica ou informativa a que estariam expostos os consumidores, como faz Rizzato Nunes.<sup>368</sup>

Apesar de não desconsiderar as contribuições acima expostas, acredita-se que a leitura conceitual operada pelo Direito do Consumidor acerca da vulnerabilidade/hipossuficiência revela-se incompleta em razão de dois motivos determinantes. Primeiro, parece impróprio analisar o complexo fenômeno da vulnerabilidade tão somente a partir de uma hermenêutica do Direito do Consumidor. Conforme demonstrado, a concepção jurídica da vulnerabilidade se insere em um contexto muito mais amplo de significado, envolvendo fatores que não se esgotam nos limites semânticos do *Codex Consumerista*. Por segundo, beira a ingenuidade supor que o legislador estivesse preocupado em enquadrar adequadamente os vocábulos “vulnerabilidade” ou “hipossuficiência”. Mais plausível supor, como argutamente faz Fernanda Tartuce,<sup>369</sup> que a distinção decorre de má técnica legislativa, à vista de um ideal de não repetição de termos jurídicos idênticos. A roborar o alegado, toma-se como exemplo o inciso VII do artigo 6º que abriga o termo “necessitado” para expressar, pratica e funcionalmente, o mesmo fenômeno que a vulnerabilidade e a hipossuficiência.

Equívoca, ademais, é a caracterização da hipossuficiência enquanto dimensão processual da vulnerabilidade. Ora, a hipossuficiência socioeconômica também surte efeitos no plano do direito material, tanto que dá origem ao direito fundamental à gratuidade de custas,

---

<sup>365</sup> MARTINS COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 219-231, abr/jun, 1993.

<sup>366</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

<sup>367</sup> Segundo a autora: “[...] a partir do léxico e da tradição do uso da expressão no sistema jurídico brasileiro, hipossuficiência é sinônimo de vulnerabilidade econômica. O legislador do Código do Consumidor não deveria ter se reportado à hipossuficiência como critério para a inversão do ônus da prova, mas sim referir-se a dificuldades técnicas de produção probatória. É compreensível, porém, que tenha tentado evitar a repetição da palavra, já que a vulnerabilidade em sentido amplo já havia sido utilizada no início da normatização como presunção em relação ao consumidor. Vulnerabilidade indica, assim, suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies – vulnerabilidade econômica”. TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 183.

<sup>368</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>369</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 183.

insculpido no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988.<sup>370</sup> Vista, portanto, em outra acepção, tanto o conceito de hipossuficiência quanto o de vulnerabilidade contribuem à discussão jurídica proposta, expressando distintas barreiras enfrentadas pelos cidadãos na sociedade de consumo, o que não significa assumir, *mutatis mutandis*, que estes institutos demandem enquadramento conceitual exclusivo sob a ótica do Direito do Consumidor.

Sob este prisma, difere-se a vulnerabilidade da hipossuficiência, estando a primeira vinculada à predisposição de um sujeito ou grupo a uma situação de risco ou fragilidade decorrente de violações específicas de direitos humanos, ao passo que a segunda se expressa como a incapacidade socioeconômica de suprir às próprias necessidades, sem auxílio de terceiros.

Como se vê, a hipossuficiência prescinde do fator risco, bem como de relações intersubjetivas prejudiciais, o que afasta, determinantemente, qualquer equiparação pretendida.

### 3.9.3 Vulnerabilidade e vitimização

A vulnerabilidade também não se confunde com o processo de vitimização. Como visto, a vulnerabilidade está ligada à ideia de predisposição de um sujeito ou grupo a uma situação de risco ou posição de fragilidade, o que não necessariamente dialoga com uma noção de dano prévio. Por outro lado, a vitimização pressupõe sempre um prejuízo material, moral, estético ou existencial à pessoa, de modo que a caracterização do dano é imprescindível à sua ocorrência.

Como ensina Heloisa Helena Barboza: “a vítima já sofreu um prejuízo material ou moral, enquanto a pessoa vulnerável está exposta a um risco; o vulnerável é suscetível de ser

---

<sup>370</sup> A gratuidade de custas pode ser conceituada como o direito material à isenção de despesas jurídicas, tendo por pressuposto a situação de hipossuficiência. É direito material porque assim previsto no ordenamento jurídico, como decorrência das garantias fundamentais do acesso à justiça e da assistência jurídica gratuita e integral. Deste conceito, extrai-se que não cuida a gratuidade de custas de direito restrito à seara judiciária ou ao plano processual, podendo surtir efeitos perante a atividade delegada (ex: notários e registradores), assim como no campo extrajudicial (ex: Poder Executivo). Ademais, não se pode confundir o direito material à gratuidade com as "consequências processuais" dele decorrentes. Primeiro, porque o direito à gratuidade pode existir independentemente do processo. Segundo, porque uma vez praticado o serviço judiciário tributável, a revogação posterior da gratuidade é irretroativa (*ex nunc*) e só gera efeitos no plano da responsabilidade tributária. Por óbvio, se rejeitada ou revogada antes da realização do serviço, o não recolhimento das custas pode implicar consequências de ordem processual (ex: não admissão do recurso pelo não recolhimento do preparo; cancelamento da distribuição da petição inicial; não realização de diligência por oficial de justiça etc.). Contudo, isso não significa que a revogação do direito à gratuidade, por superação da condição hipossuficiente, sempre implicará consequências de ordem processual, como, por exemplo, na hipótese de revogação do benefício operada em sentença. Neste caso, a eficácia é prospectiva (*ex nunc*), surtindo efeitos apenas para os adiantamentos vindouros, nunca para os atos processuais pretéritos.



atingido, a vítima já o foi”.<sup>371</sup> A doutrina francesa conclui, igualmente, que o indivíduo ou grupo vulnerável é sempre uma vítima em potencial, uma espécie de vulnerabilidade *a priori*, o que não necessariamente ocorre com a vítima, que pode ou não pertencer a um grupo vulnerável, demandando, outrossim, efetiva ocorrência de um prejuízo para sua caracterização.<sup>372</sup>

Este cenário pode ser trivialmente captado no caso de medidas protetivas de urgência concedidas em favor de mulheres em situação de violência. Isto porque a proteção jurídica destinada a este grupo vulnerável se dá independentemente do dano, bastando, para sua aplicação, um risco ou situação de fragilidade praticada no bojo de relações domésticas, familiares ou decorrentes de íntimo afeto (tutela preventiva ou inibitória).

Deve-se ter, contudo, cautela para não se restringir à concepção de vulnerabilidade a partir da distinção envolvendo a vitimização. Em termos mais palatáveis: uma vez experimentado o dano, o indivíduo ou grupo considerado vulnerável não deixa de sê-lo em função de haver se tornado vítima. A vulnerabilidade aqui é pré-existente e continente à vitimização, a qual não deve ser utilizada para descaracterizá-la.

### 3.10 HIPERVULNERABILIDADE

Por fim, cumpre ainda tecer breves notas a respeito do conceito de hipervulnerabilidade, também denominada *overlapping discrimination*<sup>373</sup> ou vulnerabilidade múltipla ou agravada,<sup>374</sup> termo que denota a concorrência de mais de um fator de vulnerabilidade (ex: pobreza, orientação sexual, raça, gênero, estado físico ou mental, idade etc.), experimentado nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, intensificando a fragilidade do sujeito ou grupo frente ao risco sobre ele considerado.<sup>375</sup>

Consoante explicam Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, o prefixo grego *hyper* serve a “designar o aumento, agravamento, aquilo que é “além” do ordinário, normal ou

<sup>371</sup> BARBOZA, **Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos...**, op. cit., p. 113.

<sup>372</sup> FIECHTER-BOULVARD, **La notion de vulnérabilité et as consécration par le droit...**, op. cit., p. 15.

<sup>373</sup> MARTINEZ, Fernando Rey. *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*, **Revista española de derecho constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 84, 2008.

<sup>374</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 102.

<sup>375</sup> Sob a ótica do Direito do Consumidor, explicam Miragem e Marques: “a hipervulnerabilidade seria a situação social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim caso do Glutén e sobre informações na bula de remédios)”. E concluem: ‘em resumo, podemos dizer que a hipervulnerabilidade é o grau excepcional (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral dos consumidores’”. MIRAGEM; MARQUES, **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...**, op. cit., p. 201-202.

típico, que está em outra dimensão, que um espaço especial (no caso, de proteção do mais fraco)".<sup>376</sup> Neste sentido, são exemplos de hipervulnerabilidade a mulher negra e analfabeta, a pessoa deficiente em situação de rua, as crianças refugiadas, o encarcerado transexual, dentre outras combinações que denotam uma conjugação de vulnerabilidades em um mesmo contexto fático.

Como explica Bruno Galindo, o conceito de discriminação múltipla remonta às discussões das feministas afro-americanas do final da década de 1980,<sup>377</sup> movimento crítico que se opôs ao feminismo monocultural,<sup>378</sup> sendo responsável por aproximar as discussões sobre discriminações de gênero e raça. Esta interseccionalidade de vulnerabilidades trazida pelos debates feministas chama a atenção para situações de vulnerabilidades múltiplas, demandando medidas transformativas conjugadas à luz de reivindicações por reconhecimento.

No Brasil, a hipervulnerabilidade já foi tema de destaque jurisprudencial em caso envolvendo a saúde das pessoas com deficiência. Em voto paradigmático proferido no Recurso Especial nº 931.513/RS, o Ministro Herman Benjamin destacou a existência de “sujeitos hipervulneráveis”, detentores de especial proteção à luz do princípio da solidariedade. Segundo o Ministro, a proteção do hipervulnerável estaria imbricada a um pacto coletivo de inclusão social imperativa, existente não por sua faceta patrimonial, mas, precisamente, “por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade”.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> Ibid., p. 203.

<sup>377</sup> GALINDO, BRUNO. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-50.

<sup>378</sup> Esta discussão daria origem à denominada terceira onda do pensamento feminista, caracterizada pela recusa à generalização discursiva dos debates de gênero e pela necessidade de construção de uma pauta política transcultural, que levasse em consideração justamente às diferenciações no interior do movimento de mulheres. Cf. BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>379</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. FORNECIMENTO DE PRÓTESE AUDITIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89. [...] A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. [...] A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva – que se apoia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como *jus cogens*. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas

Nesta ótica, apesar de se optar metodologicamente pela bipolarização dos remédios jurídicos atinentes a atender as demandas de indivíduos e grupos vulneráveis, certo é que a assimétrica divisão de bens e recursos favorece o surgimento de vulnerabilidades múltiplas, sendo possível identificar, especialmente em países de desigualdade abissal, uma estreita ligação entre a vulnerabilidade socioeconômica e as demais vulnerabilidades sociais (étnicas, etárias, de gênero etc.). Em terras nacionais, é possível até mesmo cogitar de uma força atrativa entre as diferentes formas de vulnerabilidade, proporcionada pela omissão ou mau funcionamento de políticas públicas redistributivas e pela frequente ausência de medidas sociais inclusivas. Este instigante assunto, porém, não será abordado neste trabalho, em razão das limitações metodológicas propostas.

Cumprido, neste momento, verificar de que modo o ordenamento brasileiro lida com a necessidade de tutela jurídica dos grupos vulneráveis, avaliando os fundamentos jurídicos gerais e específicos que conferem guarida às vulnerabilidades.

---

precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 931.513/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.11.2009.



## CAPÍTULO 4 – FUNDAMENTOS JURÍDICOS GERAIS DA TUTELA DA VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL

Postas as premissas, conceito, elementos e principais classificações acerca da vulnerabilidade, é chegado o momento de ingressar no universo da tutela jurídica destinada à vulnerabilidade sociocultural, investigando, a partir da realidade dogmática brasileira, os fundamentos gerais que embasam sua proteção contemporânea.

### 4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Assim como outros temas trabalhados nesta obra (multiculturalismo, reconhecimento etc.), a dignidade da pessoa humana constitui enunciado dos mais complexos, tornando impossível a tarefa de abarcar todos os seus meandros em um tópico isolado deste estudo. Necessário, pois, uma delimitação de análise, a qual deve se pautar, em razão do objeto desta pesquisa, na influência que a dignidade exerce enquanto fundamento jurídico-protetivo da vulnerabilidade da pessoa humana.

De acordo com já clássica definição na doutrina brasileira, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, pois, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra atos de cunho degradante e desumano, garantindo, ainda, condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>380</sup>

Com Ana Paula de Barcellos, é possível perceber que este conceito de dignidade apresenta-se fluído no tempo, evoluindo de uma dimensão meramente religiosa do cristianismo (“amar ao próximo como a si mesmo”) para uma visão racional-cartesiana do iluminismo (antropocentrismo), até finalmente alcançar a dimensão filosófica kantiana, a qual encara o homem como “fim em si mesmo”, impassível de objetificação.<sup>381</sup>

Apesar deste desenvolvimento, somente após as desumanidades cometidas na II Guerra Mundial é que a dignidade evoluiu ao patamar de princípio jurídico no plano

---

<sup>380</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

<sup>381</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104.

internacional, eixo em torno do qual se reconstruiu o constitucionalismo contemporâneo, a teoria dos direitos fundamentais e a noção internacional dos direitos humanos.

Sob o prisma jurídico, portanto, ao mencionarmos a dignidade da pessoa humana, imprescindível distinguir duas variantes:<sup>382</sup> de um lado, temos a percepção de cada um sobre sua própria dignidade, que se revela pela autoestima e autoconsciência; de outro, há uma percepção exterior, praticada na alteridade, a qual revela a representação do outro, alcançando a dimensão do reconhecimento, reciprocidade e respeito. Uma existência digna, portanto, ocorre quando ambas as dimensões estão equilibradas: tanto a pessoa tem condições de desenvolver uma autoestima digna de si mesma, quanto é passível de ser reconhecida dignamente na interação, destinando igual respeito aos outros.

De outro vértice, a violação à dignidade também respeita a estas variantes. Nessa linha, a humilhação, o desrespeito e a subjugação podem dar origem a transgressões que ecoam na esfera pessoal interna, introjetando uma visão negativa da pessoa acerca de si mesma (negação interna da dignidade), assim como pode macular o reconhecimento praticado na interação, degradando e comprometendo sua possibilidade de desfrutar igualmente das relações sociais (negação externa da dignidade). Daí porque Sarmento vai afirmar que uma visão contemporânea da dignidade da pessoa humana não pode renegar a dimensão ética do reconhecimento intersubjetivo,<sup>383</sup> à luz da autonomia, igualdade e solidariedade. Do contrário, estar-se-ia negando vigência à cláusula geral de tutela da pessoa humana<sup>384</sup> estabelecida no artigo 1º, inciso III, da Carta Democrática de 1988.

Nessa linha, é possível perceber que a temática da dignidade, vista com as lentes científicas pós-modernas, dialoga diretamente com o paradigma multicultural, com o respeito à diversidade e com as teorias normativas acerca do reconhecimento. Mais ainda, estabelece uma interlocução frontal com a vulnerabilidade de indivíduos e grupos, alcançando tanto reivindicações socioeconômicas, quanto reivindicações socioculturais por justiça.

Atendo-se ao recorte proposto, no caso da vulnerabilidade sociocultural, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana ergue-se enquanto limite fundamental contra a desvalorização, a discriminação e a estigmatização de indivíduos e grupos sociais vulneráveis

---

<sup>382</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? *In*: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). **Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 25.

<sup>383</sup> SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., p. 241-244.

<sup>384</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

(dimensão negativa), demandando, no plano dos deveres estatais, ações, políticas e medidas que valorizem as diferenças – de gênero, étnica, racial, biopsicológica, de orientação sexual ou de nacionalidade – à luz da missão promocional da dignidade de identidades coletivas não hegemônicas (dimensão positiva).

#### 4.2 A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE ANTIDISCRIMINAÇÃO

Fruto da redemocratização, a Constituição Federal de 1988 homenageou a pluralidade heterogênea da sociedade brasileira ao inserir no bojo dos objetivos fundamentais da República a cláusula constitucional de antidiscriminação, definida pelo artigo 3º, inciso IV, o qual exige a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”.

O contrato-social-constitucional brasileiro aponta, portanto, para a necessidade de se combater toda e qualquer forma de discriminação caracterizadora de violações aos direitos humanos de indivíduos e grupos vulneráveis. Tal disposição, quando cotejada com os fundamentos do Estado Democrático, mais precisamente com a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, evidencia um direcionamento político que sustenta um *multicultural model of political ordering*,<sup>385</sup> assegurando, nesta perspectiva, o respeito à diversidade cultural na sociedade brasileira.

Há, ademais, um *plus* quando se pensa na tutela de indivíduos vulneráveis frente ao regime democrático-constitucional, representada pela perspectiva contramajoritária da cláusula de antidiscriminação. Neste sentido, a tutela jurídica de indivíduos e grupos vulneráveis constitui verdadeira barreira contra a “ditadura da maioria”, garantindo a busca por amparo no Judiciário “para se evitar o descumprimento da Constituição frente às maiorias”.<sup>386</sup> Trata-se de promover, na linha do que expõe Jürgen Habermas, uma inclusão sensível às diferenças.<sup>387</sup>

Quando se pensa, portanto, na cláusula definida pelo artigo 3º, inciso IV, da Carta Democrática de 1988, não se pode negar o aceno para uma dúplice perspectiva protetiva: promoção do reconhecimento de grupos vulneráveis (a qual se deduz da locução “promover o

---

<sup>385</sup> KYMLICKA, Will. Para além da dicotomia indígena/minoria? *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 2.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

<sup>386</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Proteção à minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). **Direito à diferença... Vol. 2...**, op. cit., p. 364.

<sup>387</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

bem de todos”) e enfrentamento da discriminação e preconceito (“sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”).

Outrossim, faz sentido cogitar de um direito fundamental ao respeito à diversidade, decorrente da análise conjugada do artigo 3º, inciso IV, e do princípio da dignidade da pessoa humana. Com esta assertiva, concorda Daniel Sarmiento: “A Constituição de 88 é clara ao adotar um projeto de transformação social no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva”.<sup>388</sup> Desta forma, não basta não instituir diferenciações que os estigmatizem. Mais do que isso, “é essencial atuar para remediar as injustiças presentes não só no plano socioeconômico, como também na esfera da cultura”.<sup>389</sup>

#### 4.3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No âmbito do Sistema Global (ONU), é possível notar a presença do binômio igualdade-antidiscriminação em praticamente todos os documentos jurídicos que compõe o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê em seu artigo 2º a proibição de distinções envolvendo “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação”, assim como as “fundadas no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa”. Já o artigo 7º reforça a noção de antidiscriminação, a partir do direito à igualdade.

Já o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 prevê a não discriminação como condição e pressuposto ao pleno exercício dos direitos humanos, consoante aclarado pelas Recomendações Gerais nº 18 e 23 de seu Comitê, prevendo proteções específicas ao longo de seus artigos 2º, 4º e 26, além de uma cláusula-geral de proteção às minorias no artigo 27, segundo a qual: “nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”. A partir desta norma, é possível notar uma preocupação do Sistema Global em relação à proteção cultural de minorias étnicas, religiosas ou linguísticas.<sup>390</sup>

---

<sup>388</sup> SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., p. 271.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>390</sup> Tal previsão, porém, vem suportando sérias críticas em razão da limitação protetiva operada em relação aos conflitos discriminatórios. De fato, a noção individual de direito a cultura não afasta as demandas por reconhecimento e inclusão de grupos. Cf. Kymlicka, Will. **Para além da dicotomia indígena/minoria...**, op.



Igualmente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 estabelece referida proteção no artigo 2º, prevendo que os direitos socioeconômicos e culturais devem ser garantidos à revelia de qualquer forma de discriminação. Como lembra Flávia Piovesan,<sup>391</sup> mais importante que o próprio artigo 2º é a diferenciação feita pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em torno da igualdade de direito (*de jure*) e de fato (*de facto*), elucidando as noções de discriminação direta e indireta a partir de um recorte de gênero (Recomendação Geral nº 16 do Comitê).

De outro vértice, a igualdade e a diferença também vêm prestigiadas no Sistema Regional Interamericano. Nesse enfoque, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) praticamente repete o artigo 2º da Declaração Internacional, ao dispor em seu artigo 1º que “os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Referida previsão é complementada pelo artigo 24, que estabelece: “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”. Por fim, o artigo 27 ainda prevê que antidiscriminação deve ser observada mesmo “em caso de guerra, perigo público, ou outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte”.

Seguindo as mesmas pegadas, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”) de 1988 inclui a antidiscriminação dentre as garantias observadas em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo em seu artigo 3º acerca da vedação a qualquer forma de discriminação motivada por “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Como se percebe, tanto no âmbito do Sistema Universal de Direitos Humanos (ONU), quanto no âmbito do Sistema Regional Interamericano, a tutela jurídica da

---

cit., p. 139-166.

<sup>391</sup> 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 Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). **Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 43.

vulnerabilidade sociocultural se desenvolve mediante o atendimento ao binômio igualdade-antidiscriminação, sendo, este último, responsável por garantir o direito à diferença de indivíduos e grupos vulneráveis.

Importante ter presente, ademais, que esta proteção genérica constituiu uma primeira fase tutelar de indivíduos e grupos vulneráveis no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a qual, valendo-se da Declaração Universal e dos Pactos Internacionais, possuía o escopo de universalizar uma proteção abstrata a todo ser humano. Já em um segundo momento, esta proteção jurídica se particulariza, centrando-se no combate à discriminação específica de indivíduos e grupos vulneráveis, paradigma que vai dar origem a instrumentos particulares de proteção, tais como a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965) e a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979).

Esta proteção específica de grupos vulneráveis, porém, será analisada com maior detença em tópico posterior, momento de verificação da tutela jurídica de cada vulnerabilidade sociocultural aqui enfrentada.

#### 4.4 AS 100 REGRAS DE BRASÍLIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE

Hodiernamente, as 100 regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade reúnem o que há de mais moderno em termos de instrumento tutelar em favor de pessoas e grupos vulneráveis no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Aprovado após a elaboração da Carta de Brasília de 2008, na XIV Cúpula Judicial Ibero-americana,<sup>392</sup> o documento representa uma projeção sistematizada dos princípios reunidos na “Carta de Cancún (2002)”, reafirmando o compromisso dos países ibero-americanos em prol do acesso à justiça de indivíduos e grupos vulneráveis.<sup>393</sup> Em linhas gerais, as 100 regras de Brasília propõe uma sistematização das garantias necessárias para que as pessoas em condição de vulnerabilidade efetivamente exerçam o direito de acesso à justiça.

---

<sup>392</sup> Segundo sua própria definição, as Cúpulas Judiciais Ibero-americanas consubstanciam uma "estrutura perene de cooperação, convergência e intercâmbio de experiências que se articula através das máximas instâncias dos Poderes Judiciais da região Ibero-americana".

<sup>393</sup> A conferência contou com a presença de representantes das principais Cortes Superiores de Justiça dos países Ibero-americanos, além da Associação Ibero-americana do Ministério Público (AIAMP), da Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEP), da Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e da União Iberoamericana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA).

Nesta senda, ao compreender o sistema judicial enquanto instrumento para a defesa efetiva de direitos, a Cúpula Iberoamericana reconhece que, no caso dos grupos vulneráveis, a garantia da eficácia de direitos fundamentais torna-se árdua frente às barreiras e obstáculos decorrentes de sua condição de fragilidade, pressupondo a adoção de ações, políticas e medidas específicas voltadas à remoção paulatina destes obstáculos de acesso à justiça.

Em relação ao seu conteúdo, as 100 Regras de Brasília contam com cem artigos, todos divididos em quatro capítulos, voltados a estabelecer, respectivamente, condições preliminares de acesso à justiça (Capítulo 1), efetividade para a defesa de direitos (Capítulo 2), celebração de atos judiciais (Capítulo 3) e eficácia das regras (Capítulo 4).

No Capítulo 1, o documento define as principais hipóteses de vulnerabilidade existentes, identificando seus beneficiários e destinatários. Conforme expõe o item 1.3 da Seção 2, "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". A seu turno, o item 1.4 da Seção 2 deixa claro que "poderão constituir causas de vulnerabilidade [...] 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".

Já o Capítulo 2 se encarrega de explicitar as regras aplicáveis às pessoas em condição de vulnerabilidade que pretendam acessar a justiça, chamando-se atenção para as condições necessárias para a efetividade deste acesso, como, *verbi gratia*, os direitos à informação, à assistência técnico-jurídica gratuita e aos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Doravante, no Capítulo 3, a preocupação se volta à garantia da aplicação das regras a qualquer pessoa em condição de vulnerabilidade que participe de atos judiciais, seja como parte, réu ou na condição de interveniente. Assim, segundo o item 50, "velar-se-á para que em qualquer intervenção num ato judicial se respeite a dignidade da pessoa em condição de vulnerabilidade, outorgando-lhe um tratamento específico adequado às circunstâncias próprias da sua situação", ao passo que os itens 53, 62 e 75 valorizam, especificamente, o direito à informação, expondo quais seriam as balizas que deveriam ser observadas quando uma pessoa em situação de vulnerabilidade participasse de atos judiciais, assim como o direito ao comparecimento judicial e respeito à sua condição peculiar, o direito à segurança da pessoa em situação de vulnerabilidade (especialmente às vítimas e testemunhas) e o direito à proteção da intimidade por meio do sigilo de dados e proteção à imagem.

Por derradeiro, o Capítulo 4 contempla medidas destinadas a fomentar a eficácia das 100 Regras de Brasília no âmbito dos Estados signatários, contribuindo para a melhoria das condições de acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Nesta toada, os itens 87 e 88 destacam a importância da atuação colaborativa do Poder Judiciário com os demais poderes do Estado na melhoria do acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, bem como a relevância da descentralização administrativa em instâncias estaduais, visando uma gestão direta e próxima às vicissitudes sociais das pessoas mais desfavorecidas.

O item 100 traz, ao final, uma das mais relevantes disposições do documento, ao constituir uma Comissão de Acompanhamento, composta por cinco membros designados pela Conferência Judicial Ibero-americana, com a finalidade de: "i) elevar a cada Plenário da Conferência um relatório sobre a aplicação das Regras; ii) propor um Plano Marco de Atividades, para garantir o acompanhamento das tarefas de implementação das regras em cada país; iii) promover perante os organismos internacionais a definição, elaboração, adoção e fortalecimento de políticas públicas que promovam a melhoria das condições de acesso à justiça por parte das pessoas em condição de vulnerabilidade; iv) propor alterações e atualizações ao conteúdo destas Regras".

O curioso é que, apesar de sua tessitura jurídica na proteção de indivíduos e grupos vulneráveis, bem como de sua relevância no plano internacional, as 100 Regras de Brasília permanecem praticamente esquecidas no cenário jurisdicional brasileiro, não se notando por parte do Poder Judiciário brasileiro uma preocupação a respeito de seu conhecimento, divulgação e aplicação, tema ainda pouco compartilhado entre as instituições do Sistema de Justiça.

De qualquer forma, em razão de se tratar do principal instrumento jurídico internacional voltado à proteção das vulnerabilidades, referido documento será adotado como bússola a orientar os caminhos processuais trilhados neste trabalho (o que se dará, todavia, na terceira parte desta pesquisa).

## PARTE III – TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

### CAPÍTULO 5 – VULNERABILIDADE E PROCESSO

#### 5.1 COLOCANDO A PROBLEMÁTICA: A DUPLA REIVINDICAÇÃO POR JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA E A NOÇÃO DE PROCESSO JUSTO

Na primeira parte deste trabalho, procurou-se demonstrar que a moderna concepção de processo está imbricada à noção de tutela jurisdicional dos direitos, instituto atualmente erguido à categoria de novo polo metodológico do Direito Processual Civil. Viu-se também que o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional sintetiza a contemporânea ideia ocidental de processo justo (“*giusto processo*”; “*fair procedure*”; “*fairen Verfahren*”), concepção que revela a justaposição harmônica entre elementos ideológicos, técnicos e estruturais do processo,<sup>394</sup> assegurando um amplo leque de posições jurídicas que se orientam ao longo do procedimento em contraditório rumo à concretização da tutela do direito no plano material.<sup>395</sup>

Já na segunda etapa, assentou-se a existência de uma dualidade de reivindicações por justiça na atualidade. A primeira (justiça distributiva), ligada à distribuição igualitária de bens e recursos, demanda medidas redistributivas como forma de superação da desigualdade. Já a segunda (justiça por reconhecimento), vinculada à promoção da diversidade, reclama medidas transformativas e inclusivas voltadas à superação do não reconhecimento dirigido a grupos historicamente discriminados.

Diante destas premissas, a terceira fase desta pesquisa procura responder a um questionamento fundamental: o Direito Processual Civil vem atendendo a ambas as reivindicações por justiça indicadas? Colocando-se a problemática em outros termos: qual a resposta que o Direito Processual Civil vem conferindo às reivindicações de justiça por reconhecimento?

A resposta para tal indagação parece fundamental à luz da concepção hodierna de processo justo. Ora, se processo justo é aquele que persegue a justiça como seu objetivo, e se a

---

<sup>394</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*. *Rivista di diritto processuale*, v. 57, 2002, p. 702-758.

<sup>395</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...*, op. cit., p. 160-161.

noção contemporânea de justiça pressupõe reivindicações por redistribuição (*redistribution*) e reconhecimento (*recognition*), a conclusão que se assoma com foros de obviedade é que o processo civil deveria considerar ambas as noções de justiça como premissa à sua epistemologia e formalismo, do contrário, estaria a referendar um “processo meio justo” ou “parcialmente justo”.

Como se pretende debater doravante, a teoria processual parece simplesmente desconsiderar as reivindicações por reconhecimento, voltando-se quase que exclusivamente às reivindicações por redistribuição. Referida neutralidade, supostamente cega às diferenças, revela um menoscabo metodológico que reflete negativamente sobre a tutela jurisdicional prestada às pessoas em situação de vulnerabilidade, conferindo margem ao tratamento inadequado de conflitos que envolvam questões culturais ou identitárias de grupos historicamente discriminados.

Neste prisma, promover uma aproximação epistemológica entre processo civil e a noção de justiça por reconhecimento é medida que se impõe como forma de se evitar uma noção descontextualizada de processo justo.

## 5.2 VULNERABILIDADE E PROCESSO

### 5.2.1 O processo civil no paradigma multicultural

Como visto, o multiculturalismo pode ser conceituado como o paradigma histórico, político e social em que se inserem os Estados multinacionais, ambiência em que a consideração da diversidade cultural procura oferecer bases legais e institucionais para uma harmônica integração entre os povos. Trata-se, ao mesmo tempo, de uma descrição da realidade (globalizada, fragmentada e multinacional) e de um projeto cívico (convivência pacífica intercultural).

Frente ao paradigma multicultural, uma série de questionamentos se abre ao Direito Processual Civil enquanto método estatal oficialmente adotado para a resolução de controvérsias. Nesse prisma, qual seria o papel do Direito Processual Civil em um Estado multicultural? Os remédios processuais impostos pela maioria serviriam efetivamente à pacificação dos conflitos enfrentados pelas minorias? É possível referendar um procedimento único, neutro e objetivo ao tratamento de todas as controvérsias interculturais?

As respostas para todos estes questionamentos parecem dialogar com uma noção cultural do Direito Processual Civil. Há muito já se assentou, a propósito, que a disciplina processual não é neutra,<sup>396</sup> tratando-se, em verdade, de obra humana imersa em um vasto caldo cultural, repleto de valores, interesses e opções políticas que, por sua vez, embasa o comportamento de instituições, ditando o ritmo da atividade interpretativo-aplicativo das regras positivadas.<sup>397</sup>

A ideia de neutralidade, aliás, encontra-se atrelada a uma noção liberal de processo, erguida com base na igualdade formal entre os cidadãos e na concepção abstencionista do Estado. Como visto, esta noção foi desconstruída na pós-modernidade, desvelando-se que por trás desta suposta neutralidade escondiam-se interesses de classes dominantes que se valiam da autoridade metódica<sup>398</sup> e da burocracia processual<sup>399</sup> para alimentar a manutenção de um *status quo* inerte às transformações sociais.

A comprovar a influência que a cultura exerce sobre o Direito Processual Civil, basta atentar para os rituais adotados no cenário jurídico brasileiro, tais como a utilização de togas em nossos Tribunais, o vocabulário adotado nas sessões de julgamento (ex: expressões linguísticas como “excelentíssimo” ou “egrégio”), além do corriqueiro uso do latim na esfera forense.<sup>400</sup>

Este estado d’arte escancara o quanto o processo civil está envolto em uma atmosfera cultural, tornando inapropriado concebê-lo como mero ordenamento técnico de atividades jurisdicionais. Como bem pondera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a estrutura processual depende dos valores sociais adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas de uma escolha de natureza política, ligada às formas e ao objetivo da administração judicial.<sup>401</sup> Mesmo as normas

---

<sup>396</sup> TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa*. Bologna: Il Mulino, 1989; CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014; TARUFFO, Michelle. **Cultura e processo**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno 63, Milano, 2009. No Brasil, conferir: LACERDA, Galeno. Processo e cultura, **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, v. 3, 1961; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>397</sup> “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, **Colaboração no processo civil...**, op. cit., p. 31.

<sup>398</sup> HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1987.

<sup>399</sup> Para uma dimensão adequada dos efeitos nefastos de uma justiça burocrata, cf. KAFKA, Franz. **O Processo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>400</sup> OSNA, **Processo civil, cultura e proporcionalidade...**, op. cit., p. 53.

<sup>401</sup> OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil...**, op. cit., p. 72-73.

aparentemente reguladoras do modo de ser procedimental não resultam meras considerações de ordem prática, constituindo, em realidade, concepções “sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características”. Como conclui o autor: o emprego do Direito Processual Civil pode consistir em “estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental”.<sup>402</sup>

Uma demonstração clara do que expõe o professor gaúcho pode ser apreendida a partir do fenômeno da especialização procedimental. Ao excepcionarem o sistema procedimental comum, os procedimentos especiais instituem formas diferenciadas de acesso à jurisdição, valendo-se do discurso da aceleração do procedimento e do alcance de escopos específicos no plano do direito material. Aproximando, porém, a lupa sobre a realidade legislativa brasileira, é possível constatar uma série de procedimentos especiais instituídos com o único fito de privilegiar determinados setores sociais, afastando-se da isonomia exigida por normas republicanas.

Não por outra razão, Luiz Guilherme Marinoni conclui que a pressão de grupos organizados sobre a esfera legislativa brasileira garantiu a proteção de alguns direitos mediante procedimentos especiais, relegando aos que não tinham poder político o procedimento comum.<sup>403</sup> Na mesma linha, Ovídio Baptista da Silva denomina alguns procedimentos especiais de “procedimentos privilegiados”, porquanto restritos à tutela das estruturas dominantes de poder, contrapondo-se, assim, ao “procedimento plebeu”.<sup>404</sup>

A crítica dos professores do sul é roborada por diversos procedimentos especiais instituídos via legislação extraordinária, todos sob o discurso econômico desenvolvimentista pós-golpe de 1964. É o que pode se depreender dos Decretos-lei nº 70/66, 167/67 e 911/1969, os quais privilegiam a concentração fundiária, o crédito bancário e o patrimônio de empresas em detrimento de direitos fundamentais sociais (moradia, educação, saúde etc.).<sup>405</sup>

---

<sup>402</sup> Ibid., p. 74.

<sup>403</sup> “Quem ganhou com isso, evidentemente, foram os que puderam patrocinar o *lobby*, pois os que não tinham poder político foram obrigados a se contentar com o procedimento ‘comum’”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 68.

<sup>404</sup> SILVA, **Processo e ideologia...**, p. 162.

<sup>405</sup> Na década de 60, aproveitando-se do período ditatorial, das restrições institucionais impostas aos Poderes Legislativo e Judiciário e da possibilidade de se legislar mediante Decreto-Lei a respeito de qualquer matéria constitucional possível (assegurado pelo Ato Institucional nº 2), o Executivo instituiu uma série de procedimentos “privilegiados” em favor das oligarquias políticas e econômicas, sendo possível citar, a título de exemplo, a Lei nº 4.380/64 (que cria o Sistema Financeiro de Habitação), o Decreto-Lei nº 70/1966 (que autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo e regulamenta a cédula hipotecária e a possibilidade de sua execução extrajudicial), a Lei nº 4.829/1965 e o Decreto-Lei nº 167/1967 (que dispõe sobre o crédito e as cédulas rurais), Decreto-Lei nº 413/1969 (que dispõe sobre o crédito e as cédulas industriais) e o Decreto-Lei nº 911/1969 (que estabelece normas de processo sobre a alienação fiduciária). Para uma análise crítica dos procedimentos especiais sob a ótica dos contratos bancários. BECKER, Laércio Alexandre. **Contratos Bancários - execuções especiais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.



Poder-se-ia ainda discorrer longamente sobre o modelo obrigatório de representação processual em detrimento da capacidade processual autônoma, sobre as restrições impostas à tutela de direitos coletivos, sobre o extenso rol de títulos executivos extrajudiciais, dentre outras situações que evidenciam nítidos interesses políticos por trás das normas processuais positivadas.

Essa miscelânea de exemplos leva a crer que o processo civil não é neutro, cartesiano, racional, previsível e seguro, como, aliás, sustentavam os processualistas do passado.<sup>406</sup> Na realidade, refletem numa escala especialmente clara a tarefa de dar vazão as estratégias de poder historicamente delineadas,<sup>407</sup> muitas vezes em detrimento da personalidade e da liberdade de seus cidadãos, em desrespeito ao primado da justiça”.<sup>408</sup>

Afirmar o caráter cultural do Direito Processual Civil é, portanto, reconhecer que o processo “somente é enquanto criação ou aplicação da convivência humana”,<sup>409</sup> e, como qualquer outro ramo científico, revela preferências políticas e limitações reais (ex: estrutura física, falibilidade teórica etc.) que irão influenciar definitivamente a consecução das finalidades encampadas pelo discurso legitimador adotado.<sup>410</sup>

Para o que interessa a esta pesquisa, reconhecer a relação entre processo civil e cultura importa para a consideração da diversidade no processo, impedindo uma metodologia que se proponha cega às diferenças. Necessário provocar, por meio de premissas questionadoras e do abandono de dogmas acumulados, uma reflexão acerca dos horizontes epistemológicos da cultura processual, indagando em que medida a hegemonia cultural vem implicando obstáculo ao acesso à justiça de culturas minoritárias. É preciso impedir, ademais, que a técnica processual favoreça uma indevida apropriação de sentido de universos culturais não dominantes.<sup>411</sup>

---

<sup>406</sup> Para uma crítica ao racionalismo-cartesiano e a universalização da relação obrigacional como modelo de pretensão no sistema processual civil, conferir: SILVA, **Processo e ideologia...**, op. cit., p. 131-132

<sup>407</sup> SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 11-12.

<sup>408</sup> OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil...**, op. cit., p. 73.

<sup>409</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

<sup>410</sup> “Seja pela racionalidade limitada de seus agentes, seja pela porosidade interpretativa do texto normativo, não há como compreender a resolução de disputas sem levar em conta esse obstáculo; noções como insegurança e incerteza não podem ser deixadas de fora do seu dicionário”. OSNA, **Processo civil, cultura e proporcionalidade...**, p. 69.

<sup>411</sup> Exemplificando, um magistrado não pode pretender julgar um conflito envolvendo a demarcação de terras indígenas valendo-se de uma percepção da propriedade privada proveniente do Direito Civil. Antes é preciso dimensionar qual é o valor dado à territorialidade das terras tradicionalmente ocupadas por populações indígenas, noção esta que ultrapassa a mera faculdade de uso, gozo e disposição da coisa. O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação a um pedido de retificação de registro por não identidade de gênero promovido por um transexual ou um pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas com espectro autista.

Justamente por oferecer palco a muitas das reivindicações por reconhecimento de grupos historicamente discriminados é que o processo civil deve cercar-se dos instrumentos e das garantias necessárias para assumir, sempre que a realidade multicultural assim impuser, uma perspectiva contramajoritária.

A proposta é evitar que o procedimento e a técnica processual se coloquem a serviço da exclusão, da estigmatização e do desrespeito à diferença. O contrário, isto é, assumir uma postura neutra em relação ao método oficialmente adotado de resolução de disputas, equivaleria a aceitar um processo civil parcial em favor das majorias, o que não se sustenta axiologicamente no atual paradigma processual-constitucional.<sup>412</sup>

Sintetizando os argumentos aqui expostos: os grupos vulneráveis teriam direito à igualdade procedimental quando a diferença os inferioriza e à diferenciação procedimental quando a igualdade os descaracteriza.

### **5.2.2 A insuficiência de remédios processuais redistributivos**

Anteriormente, afirmou-se que remédios redistributivos são inadequados ao tratamento de reivindicações socioculturais, pois, enquanto a igualdade se opõe à desigualdade revelada pela injusta distribuição de bens e recursos sociais, a diferença se opõe à uniformidade, à padronização, ao arquétipo, combatendo a desintegração social derivada do não reconhecimento de identidades.

Partindo desta ordem de ideias, impróprio se torna, sob o discurso da manutenção do equilíbrio entre as partes, trabalhar todos os conflitos sociais pelo prisma da isonomia substantiva. De nada adianta, por exemplo, universalizar o acesso à justiça, incorporando remédios redistributivos que assegurem a gratuidade de custas e a assistência jurídica gratuita por órgão do Estado, se as práticas institucionais e o procedimento adotado referendarem outras formas de exclusão e estigmatização dirigidas a segmentos vulneráveis.

Um exemplo calha ao debate. Imagine-se a situação de uma pessoa pobre transexual que, em razão da incompatibilidade psíquica com o sexo biológico, ajuíze uma demanda para alteração do prenome nos assentos de nascimento. Deferida a gratuidade de custas, verifica-se que, ao longo de todas as fases processuais, o Poder Judiciário se recusa a respeitar o nome social indicado pela pessoa transexual, insistindo em denominá-la pelo nome de origem

---

<sup>412</sup> BECKER, Laércio Alexandre. **O mito da neutralidade do juiz**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16673-16674-1-PB.htm>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

registral. Ou pior: passa a exigir-lhe como prova da condição afirmada laudos médicos ou relatórios de acompanhamento psicológico que evidenciem uma circunstância “patologizante”. No presente caso, muito embora vencido o obstáculo econômico do processo, ainda que garantida a efetiva tutela jurisdicional de modificação do assento, a exigência de laudos ou a denominação pelo nome registral se apresentariam como atos de desrespeito à pessoa que reivindica uma proteção identitária, refletindo negativamente sobre a integridade moral e psíquica da pessoa transexual, em nítido vilipêndio à sua dignidade e personalidade.

Outros inúmeros exemplos cotidianos nos foros brasileiros poderiam ser lembrados, tais como o não afastamento de barreiras comunicacionais que impeçam a manifestação de vontade de pessoa com deficiência nos procedimentos de fixação de curatela, o indeferimento de pedidos de medidas protetivas de urgência diante do “comportamento matrimonial reprovável” por parte da mulher agredida, a inadmissibilidade da petição inicial pelo não preenchimento dos requisitos de qualificação da pessoa em situação de rua, a não superação do requisito da capacidade postulatória do pedido de medida protetiva de urgência deduzido por idoso sem advogado, dentre outras inúmeras hipóteses que escancaram o quanto as medidas redistributivas são insuficientes e não conduzem necessariamente ao processo justo.

Em síntese, o processo de cunho social, que se propõe a compensar os déficits de igualdade material entre as partes (ex: trabalhador vs. empregado; consumidor vs. fornecedor; autossuficiente vs. hipossuficiente), não atende adequadamente aos conflitos que mantenham em seu âmago questões de afirmações identitárias ou discriminações histórico-culturais, denunciando não apenas as limitações da socialização processual para o enfrentamento de exigências contemporâneas por justiça, mas também a necessidade de se repensar o formalismo e a técnica processual a partir destes “novos problemas”.

Isso não significa, evidentemente, que remédios redistributivos não possuam importância na reversão de quadros da injustiça processual no contexto brasileiro. Em países de desigualdade abissal, remover a barreira do custo do processo é medida de vital importância para a garantia do equilíbrio entre as partes.

Como aduz Fernanda Tartuce, ao ordenar a pauta de atuação das partes em juízo, o direito processual “configura âmbito normativo apropriado para a previsão de normas diferenciadas em prol de certos sujeitos em razão do compromisso estatal com a isonomia”.<sup>413</sup> Logo, “havendo desigualdade entre as partes envolvidas na relação material, é importante atuar para evitar que a assimetria jurídica contamine o processo”.<sup>414</sup>

---

<sup>413</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 102.

<sup>414</sup> “Com a ida à seara judicial será configurado, a partir do processo, um novo vínculo entre os indivíduos; nesse

Rafael Sirangelo de Abreu ainda denuncia variadas formas pela qual a vulnerabilidade pela desigualdade pode se manifestar no processo, pontuando a existência de três espécies: i) desigualdades que atuam em relação ao processo, permeando a dimensão da acessibilidade econômica, técnica, geográfica etc.; ii) desigualdades que atuam no processo, refletindo posições de desequilíbrio entre os sujeitos processuais e a necessidade de adequação da técnica processual; iii) desigualdades que atuam pelo processo, pertinentes ao seu resultado posterior, o que envolve técnicas de julgamento de questões uniformes e a importância de uma vinculação institucional aos precedentes proferidos pelas Cortes (*treat like cases alike*).<sup>415</sup>

Contudo, ainda que universalizadas essas medidas redistributivas e vencidas as desigualdades socioeconômicas no processo, tais não se revelariam suficientes à reversão dos processos de exclusão e estigmatização decorrentes das relações de subordinação e risco social, cuja questão de fundo encontra-se fundada nas lutas identitárias por reconhecimento e na superação de quadros discriminatórios.

Diante deste panorama, necessário que o processo civil considere, ao lado das vulnerabilidades socioeconômicas, as vulnerabilidades socioculturais presentes em alguns casos concretos, evitando que a noção de igualdade opere sob a premissa de anulação da diferença.

### **5.2.3 Novas exigências normativas ao adequado acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade**

Por todo o expandido em linhas anteriores, faz sentido cogitar de um modelo processual que se demonstre sensível às reivindicações por reconhecimento sempre que a demanda deduzida em juízo esbarrar em ilegítimo obstáculo ao acesso à justiça de grupos sociais historicamente discriminados.

Antes de tudo, imperioso atentar que a consideração da vulnerabilidade sociocultural não configura um compromisso meramente ético ou político do Direito Processual Civil. Por encontrar-se inserido no paradigma constitucional (diretriz reproduzida pelo artigo 1º do Código Processual de 2015), a epistemologia processual necessariamente deve beber da

---

novo liame naturalmente o desequilíbrio e as disparidades existentes na relação originária podem repercutir de maneira comprometedor no ambiente processual, sendo preciso identificar qual deve ser o papel do magistrado em tal dinâmica”. Ibid., p. 101.

<sup>415</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

fonte constitucional, migrando do plano axiológico para o plano deontológico<sup>416</sup> a partir da concretização de princípios, regras e postulados republicanos, tais como o respeito à dignidade humana, a promoção da cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e o combate ao preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Mais ainda, se aceito fundamentalmente como ferramenta pública à consecução das finalidades constitucionais, o processo civil necessita instrumentalizar a garantia e a promoção das normas supralegais de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Conforme demonstrado na segunda etapa desta pesquisa, tais normas obrigam o Estado brasileiro a promover a tutela humanitária de indivíduos e grupos vulneráveis, inclusive contramajoritariamente.

Todo este arcabouço normativo, hierarquicamente superior ao próprio regramento de Direito Processual (teoria da supralegalidade), impede um descaso metodológico em relação à interpretação-aplicação das normas processuais protetivas a indivíduos vulneráveis. Trata-se de uma questão de coerência epistemológica, de adesão real e não virtual à fase constitucional da ciência processual, a qual obriga que ações, políticas, remédios e apoios sejam pensados e concretizados em prol de segmentos sociais marginalizados.

Um bom referencial, até hoje ignorado pelos Tribunais brasileiros, são os princípios e regras inseridos nas 100 regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, documento que condensa uma projeção sistematizada das garantias necessárias para que pessoas em situação de vulnerabilidade exerçam o direito de acesso à justiça.<sup>417</sup>

Com base neste ponto de apoio, nos tratados internacionais de direitos humanos e nas legislações protetivas internas, os próximos tópicos pretenderão discutir alguns remédios processuais genericamente voltados a lidar com as novas exigências por justiça derivadas das vulnerabilidades socioculturais.

---

<sup>416</sup> OLIVEIRA, **Do formalismo no processo civil...**, op. cit., p. 65; MITIDIERO, **Colaboração no processo civil...**, op. cit., p. 51.

<sup>417</sup> De se destacar a regra 02, que assegura que todos os servidores e operadores do sistema de justiça outorguem um tratamento adequado às pessoas em condição de vulnerabilidade, assim como a regra 50, que indica o dever de velar para que em qualquer intervenção judicial se observe a dignidade que lhes é inerente.

### 5.2.3.1 A necessidade de um processo civil não discriminatório

Conforme sugerido, os grupos vulneráveis possuem como ponto de convergência a discriminação cultural ou identitária, marca indelével dos processos de exclusão<sup>418</sup> reproduzidos no contexto nacional.

Discriminação<sup>419</sup> aqui deve ser compreendida como toda e qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, sexo, descendência, origem nacional ou étnica, que tenha por objetivo anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. Não se confunde, entretantes, com o preconceito (*praeconceptu*), opinião preconcebida que revela uma atitude subjetiva negativa de natureza insensata ou intolerante em relação a algo ou alguém.

Justamente por pressupor uma ação, a discriminação pode se manifestar na forma direta, a partir de atos expressos dirigidos a alguém no plano intencional-individual (ex: juiz ou advogado que expressa uma frase racista em meio a uma audiência), como na forma indireta,<sup>420</sup> redundando em práticas institucionais aparentemente neutras, mas que vistas de perto revelam efetivo potencial discriminatório (ex: revistas vexatórias a mulheres em presídios; procedimento de reconhecimento de pessoas pobres e negras no processo penal etc.).

Na esfera do sujeito oprimido, a discriminação introjeta uma visão negativa da pessoa acerca de si mesma (negação interna ou subjetiva), contribuindo, ademais, para a desvalorização social do indivíduo na esfera da interação (negação externa ou intersubjetiva). Esta combinação compromete a possibilidade de desfrutar igual reconhecimento nas relações sociais,<sup>421</sup> maculando, em dupla dimensão, a dignidade da pessoa humana.

<sup>418</sup> “[...] rigorosamente falando, *não existe exclusão, existe contradição, existem vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes*; existe o conflito pelo qual a vítima dos processos excludentes proclama seu inconformismo, seu mal-estar, sua revolta, sua esperança, sua força reivindicativa e sua reivindicação corrosiva”. MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997, p. 14.

<sup>419</sup> Sobre o tema, conferir: RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 82.

<sup>420</sup> “Outras pessoas também podem fazer parte desses rituais: os observadores passivos. Eles não engajam em práticas racistas, mas elas permanecem indiferentes quando testemunham atos discriminatórios, um indício de que elas também não querem ter contato com negros. É o caso dos clientes brancos do restaurante que discrimina negros: eles não se sentem indignados com aquele tratamento porque também preferem estar em um ambiente totalmente branco. MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileira sobre ações afirmativas. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

<sup>421</sup> Como aduz Axel Honneth, a falta de reconhecimento social leva a “perda de auto-estima pessoal, ou seja a uma

Juridicamente, o combate à discriminação encontra supedâneo no inciso IV do artigo 3º da Carta Constitucional de 1988, encontrando-se também nos tratados internacionais de direitos humanos (Sistema ONU e Sistema Regional Americano), além das convenções específicas relacionadas a grupos vulneráveis (ex: Convenção sobre a Eliminação de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher etc.).

No âmbito processual, o dever de oposição à discriminação ergue-se enquanto verdadeira obrigação de fazer aos atores processuais, aí se incluindo magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, procuradores, servidores, equipes interdisciplinares e polícia judiciária. Volta-se, ademais, a todos os corresponsáveis pela implementação e avaliação das políticas públicas judiciárias (ex: Conselho Nacional de Justiça), bem como às instituições essenciais à justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Privada etc.).

Em relação às práticas discriminatórias no processo civil, é possível vislumbrar dois exemplos expressivos de sua caracterização: a) o *hate speech* processual; b) a emissão de críticas morais ou juízos de valor sobre o “modo de ser” ou sobre o “projeto de vida” de pessoas em condição de vulnerabilidade.

#### 5.2.3.1.1 A vedação ao *hate speech* processual

Segundo Daniel Sarmento, o *hate speech* caracteriza-se por “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]”.<sup>422</sup> Em países de regime constitucional-democrático, sua vedação visa evitar que a autoestima de indivíduos vulneráveis seja arranhada por discursos que reforcem condições de inferioridade,<sup>423</sup> evitando-se, ademais, a incitação à violência e a segregação social.<sup>424</sup>

Constitucionalmente, a vedação ao *hate speech* encontra suporte normativo na cláusula de antidiscriminação imposta pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, assim como no mandamento punitivo incluído pelo artigo 5º, inciso XLI, o qual revela

---

perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedade e capacidade características”. HONNETH, **Luta por Reconhecimento...**, op. cit., p. 218.

<sup>422</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>423</sup> SEMPRINI, **Multiculturalismo...**, op. cit., p. 61-62.

<sup>424</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Já no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sua proteção floresce com maior veemência a partir do artigo 13.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>425</sup> e do artigo 4º da Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância.<sup>426</sup>

Da jurisprudência nacional extrai-se ainda o paradigmático julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS),<sup>427</sup> em que formulada a teoria limitadora dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e ao livre exercício profissional em favorecimento ao combate à intolerância e à oposição à violência contra minorias.

Transportando estas preocupações para o plano do Direito Processual Civil, tem-se por *hate speech* processual todo e qualquer discurso de cunho discriminatório praticado no bojo de arrazoados forenses ou sustentações orais, que implique manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra indivíduos ou grupos vulneráveis.

Coíbe-se, nessa linha, qualquer manifestação discriminatória praticada por agentes públicos (eficácia vertical dos direitos fundamentais) ou privados (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) sob o crivo do contraditório.

Não é demais lembrar, ademais, que o *hate speech* processual conta com diversos exemplos na jurisprudência brasileira, como o caso da comarca de Sete Lagoas/MG, em que o magistrado sentenciante, a pretexto de declarar inconstitucional a Lei Maria da Penha, referiu-se ao gênero feminino como “a desgraça humana que começou no Éden”, concluindo que “o mundo é masculino” e que “a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estaria em perigo”.<sup>428</sup>

<sup>425</sup> Art. 13.5, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: “qualquer propaganda de guerra ou defesa de ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas por qualquer razão, incluindo raça, cor, religião, linguagem ou origem nacional, deve ser considerada como crime punível pela lei”.

<sup>426</sup> Art. 4º, CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL: “Os Estados signatários condenam toda propaganda e todas as organizações que sejam baseadas em ideias ou teorias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas de uma cor ou origem étnica, ou que tentem justificar ou promover o ódio racial ou a discriminação de qualquer forma, e comprometem-se a, com a devida atenção aos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos direitos expressamente estabelecidos no art. 5º desta Convenção, adotar medidas positivas e imediatas destinadas a erradicar todos os atos de incitamento a discriminação, ou de discriminação desta espécie [...]”.

<sup>427</sup> Decidiu-se, neste julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações antissemitas, equiparadas a manifestações de racismo. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.424-SP**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 19/3/2004.

<sup>428</sup> A decisão foi proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de Sete Lagoas/MG. Neste sentido, conferir: Para juiz, Lei Maria da Penha é um conjunto de regras diabólicas, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-out-21/lei\\_maria\\_penha\\_traz\\_regras\\_diabolicas\\_juiz](https://www.conjur.com.br/2007-out-21/lei_maria_penha_traz_regras_diabolicas_juiz). Acesso em 18/11/2018.



Outro caso que evidencia o *hate speech* processual diz respeito à decisão que rejeitou a queixa-crime oferecida pelo jogador de futebol Richarlyson, oportunidade em que o juiz da 9ª Vara Criminal de São Paulo aconselhou o querelante a “[...] abandonar os gramados”, pois o futebol seria “jogo viril, varonil, não homossexual”. Em outra passagem, o magistrado afirma “o que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial”.<sup>429</sup>

Em outro caso julgado, ambas as instâncias do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entenderam por bem recusar validade ao depoimento de testemunha homossexual por “falta de credibilidade”. Segundo deduziu o desembargador relator “não posso atribuir qualquer valor a um tal depoimento ainda que indevidamente compromissada tal testemunha, porquanto é evidente que fora previamente instruída, além de tudo o que já ressaltai, como penso não se deve aceitar compromisso de honra (art. 203, do Código de Processo Penal), de quem evidentemente não a tem, e jamais terá, quem dedica a vida a corromper os costumes, porquanto já advertiam os romanos *quid lege sine moribus* (o quê da lei sem os costumes).<sup>430</sup>

Esses exemplos demonstram de forma clara e insofismável que o *hate speech* está presente no Direito Processual, revelando discursos discriminatórios e manifestações de intolerância contra indivíduos ou grupos vulneráveis, cuja gravidade acentua-se porquanto praticados sob o manto das instituições estatais.

Tais atitudes devem ser repreendidas à luz da cláusula-geral de antidiscriminação e do dever de proteção aos direitos humanos imposto ao Estado brasileiro em favor de indivíduos vulneráveis.

---

<sup>429</sup> A decisão foi proferida pelo Juízo da 9ª Vara Criminal de São Paulo. Neste sentido, conferir: Juiz nega ação de Richarlyson e diz que futebol é para macho, **Revista Consultor Jurídico**, 03 de agosto de 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz\\_nega\\_acao\\_jogador\\_futebol\\_macho](https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz_nega_acao_jogador_futebol_macho) Acesso em 18/11/2018.

<sup>430</sup> O acórdão foi proferido pela primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 1.628/96. O caso foi posteriormente debatido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.548.57-DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 26.05.1998. Sobre o tema, percuciente é a crítica de Antonio do Passo Cabral a respeito da noção de bons costumes: “acerca dos bons costumes, vale lembrar que o STJ chegou a debater – pasmem, em 1998! – se um homossexual poderia ser testemunha em um processo judicial. Por incrível que possa parecer, decidiu-se, nas instâncias inferiores, que a opção sexual de uma pessoa poderia retirar-lhe a credibilidade para prestar depoimento”. CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 345.

#### 5.2.3.1.2 A vedação à emissão de críticas ou juízos morais sobre o “projeto de vida” da pessoa em condição de vulnerabilidade

Outra hipótese de combate às práticas discriminatórias no processo civil decorre da vedação à emissão de adjetivos pejorativos, críticas morais ou juízos de valor sobre o “modo de ser” ou sobre o “projeto de vida” de pessoas em condição de vulnerabilidade.

Não é demais rememorar que petições, sentenças e manifestações processuais não são fins em si mesmos. Diferentemente de poesias ou crônicas, arrazoados forenses não servem ao afago íntimo de seus redatores. Enquanto ato técnico-jurídico, as manifestações processuais valem em função de sua utilidade, o que equivale a dizer que sua razão instrumental encontra-se imbricada ao objetivo da defesa de um direito.

Com base nestas premissas, diverge-se da postura de “autoridades públicas”, mui decantada nos meios forenses brasileiros, que costumam admoestar partes e testemunhas durante a realização de atos processuais, como se o processo fosse campo para emissão de críticas ou juízos morais. Ora, as partes não vão ao Sistema de Justiça para ouvir o que seus órgãos de execução pensam a respeito de uma dada conduta, mas sim para exigir a aplicação do Direito de acordo com as regras jurídicas vigentes. A ninguém é conferida a prerrogativa de realizar julgamentos morais, muito menos de comportar-se como porta-voz privilegiado dos valores de um povo, não em uma sociedade democrática, multicultural e republicana.

Aos atores processuais é, portanto, determinadamente vedado emitir críticas ou manifestar posicionamento pessoal a respeito do “modo de ser” ou do “projeto de vida” eventualmente eleito pelos jurisdicionados.

O juiz não pode, como já ocorreu, negar uma medida protetiva de urgência a uma mulher em situação de violência doméstica argumentando que a “mulher não se deu ao respeito”.<sup>431</sup> Da mesma forma, a pretexto de indeferir um pedido de antecipação de tutela para suspensão de uma peça teatral, não pode fundamentar que a representação de Jesus Cristo por um transgênero é ato de “indiscutível mau gosto e desrespeitoso ao extremo”, que certamente “maculará o sentimento do cidadão comum, avesso a esse estado de coisa”.<sup>432</sup>

---

<sup>431</sup> A decisão foi proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível de Goiânia. Neste sentido, conferir: Juiz de Goiânia nega medida protetiva porque mulher "não se dá ao respeito", **Revista Consultor Jurídico**, 16 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/juiz-nega-medida-protetiva-porque-mulher-naorespeito>. Acesso em 18/11/2018.

<sup>432</sup> A decisão foi proferida nos autos do processo nº 1016422-86.2017.8.26.0309 pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Jundiaí/SP. Neste sentido, conferir: Juiz proíbe peça de teatro que representa Jesus como mulher transgênero, **Revista Consultor Jurídico**, 16 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-16/juiz-proibe-peca-representa-jesus-mulher-transgenero>. Acesso em 18/11/2018.

Igualmente reprovável a utilização de adjetivos pejorativos ou ofensivos envolvendo sujeitos processuais (ex: “sapatão”, “bicha”, “puta” etc.), prática esta que não contribui para quaisquer das finalidades instrumentais do processo e revela um tratamento discriminatório dirigido ao cidadão.

Não só. A recorrência corriqueira ao critério de “bons costumes” como regra de julgamento não deve ter espaço no processo democrático. Como expõe Antonio do Passo Cabral, trata-se de “cláusula vaga que remete a padrões de moralidade que dificilmente têm guarida no quadro constitucional das sociedades plurais contemporâneas, nas quais se agasalham as diferenças, com respeito e tolerância”.<sup>433</sup>

De se destacar, no âmbito das 100 Regras de Brasília, a explícita recomendação inserida na regra 73: “quem participar no ato de comparência deve evitar emitir juízos ou críticas sobre o comportamento da pessoa, especialmente nos casos de vítimas do delito”.

Não obstante, a prática judicial ora combatida tende a arranhar ainda a imparcialidade do juiz. Segundo o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional, magistrado imparcial é aquele que, além de manter-se distância equivalente das partes, “evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”.

Sob esta ótica, um processo que se qualifica como civil deve, antes de render homenagens à legislação de direito material, adotar a civilidade como substantivo, algo que se compartilha à luz de uma relação respeitosa sociedade-instituição-indivíduo. Referidas práticas, porque discriminatórias, merecem ser combatidas pelo Estado brasileiro, à vista do dever de construção de uma sociedade não discriminatória.

### ***5.2.3.2 A necessidade de um processo civil que respeite à diferença***

O respeito à diferença revela a face positiva do combate à discriminação. Como há muito percebeu José Joaquim Calmon de Passos, “com a tolerância apenas aceitamos possa o diferente viver ao nosso lado, sem experimentarmos a necessidade de aniquilá-lo, mas permanecemos indiferentes em relação a ele”.<sup>434</sup> A tolerância, portanto, consubstancia mera aceitação externa, que não revela a substância do “dever de solidariedade” ou um compromisso para que o “tolerado” possa realizar a plena liberdade.<sup>435</sup>

---

<sup>433</sup> CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 345.

<sup>434</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito à solidariedade. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). **Ensaio e artigos. Vol. II.** Col. Obras de J. J. Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 339.

<sup>435</sup> “A verdadeira solidariedade, a quem tem matriz humanista e compromissos éticos, essa verdadeira solidariedade será fruto de uma vitória do homem sobre si mesmo”. PASSOS, **Ensaio e artigos...**, op. cit., p.

Afinado nesse diapasão, não basta construir um processo civil meramente tolerante. A ideia de respeito à diferença perpassa, sobretudo, uma obrigação positiva, pressupondo um agir prospectivo de engajamento a partir da diversidade. Mais do que deixar de adotar comportamentos discriminatórios, portanto, essencial atuar para remediar as injustiças culturais presentes.<sup>436</sup>

No âmbito legislativo interno, destaca-se a previsão dos artigos 17 e 18 do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013), os quais asseguram o direito à diversidade – de etnia, raça, cor da pele, cultura, origem, idade, sexo, orientação sexual, idioma, religião, opinião, deficiência e condição social ou econômica –, obrigando o Poder Público a introduzir mecanismos de respeito à diferença, mediante a adoção de “programas governamentais, capacitação de agentes públicos e a inclusão do tema na formação de profissionais do Direito”.

No plano do processo, importante que o modelo procedimental oportunize a adequada identificação da condição vulnerável da parte, o que permite designar um possível beneficiário da necessidade de proteção. Nesta ótica, a Seção 2 das 100 Regras de Brasília identifica como possíveis beneficiários das garantias ali deduzidas diversos grupos vulneráveis, sinalizando, ainda, para as principais formas de vulnerabilidade que reverberam sobre o acesso à justiça, como a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

Sob o prisma trabalhado nesta pesquisa, relevante que a consideração da vulnerabilidade sociocultural no processo permita a identificação de pessoas com deficiência, idosos, crianças e adolescentes, mulheres, população LGBTI, negros, quilombolas, indígenas, migrantes, refugiados e deslocados internos, além da população em situação de rua, dentre outros grupos vulneráveis.

### ***5.2.3.3 A necessidade de um processo civil inclusivo***

Como acentua Marcelo Neves, inclusão e reconhecimento são institutos que, embora relacionados, não se confundem. Para o constitucionalista, a discussão remonta à sociologia de Parsons, posteriormente retomada por Luhmann para referir-se às “situações de dependência e acesso das pessoas aos sistemas funcionais”. Neves, por sua vez, indica ser mais

---

339.

<sup>436</sup> SARMENTO, *Dignidade da pessoa humana...*, op. cit., p. 271.

frutífero “definir a inclusão como dependência e acesso aos sistemas”, o que permite uma análise de relações de subintegração e sobreintegração.<sup>437</sup>

A partir destes ensinamentos, é possível deduzir que medidas inclusivas seriam aquelas voltadas a facilitar o acesso aos direitos e às vias judiciárias, seja mediante a criação de remédios processuais específicos, seja mediante a remoção de obstáculos indevidos. A ideia é que sujeitos vulneráveis possam participar como iguais na interação, sem que, com isso, tenham de restringir o direito à diversidade. Em termos mais concretos: a inclusão não deve ser utilizada para eliminar a diferença ou uma suposta readequação aos “padrões de normalidade”.

No plano processual, tais medidas têm como foco a administração judiciária, assim como o procedimento e a técnica processual, ora instituindo medidas de facilitação ao acesso à justiça, ora superando barreiras nos processos decisórios concernentes a indivíduos e grupos vulneráveis.

Conveniente, neste ponto, esclarecer esse duplo enfoque.

#### 5.2.3.3.1 Das medidas administrativas de facilitação ao acesso à justiça

Tomando como base as 100 regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, é possível verificar uma série de garantias, apoios e diretrizes destinados à construção de uma política pública judiciária adequada ao atendimento de pessoas em condição de vulnerabilidade.

Sob o prisma administrativo, estabelecem atuações destinadas a proporcionar informação básica sobre direitos, procedimentos e requisitos para o acesso à justiça (regra 26), além de incentivarem o desenvolvimento de uma cultura jurídica cívica (regra 27), mediante a sensibilização, capacitação e especialização de profissionais, funcionários e operadores do sistema de justiça (regras 40, 93 e 94). Orientam, ainda, a criação de manuais de boas práticas setoriais, visando recolher e divulgar as melhores experiências no âmbito judiciário (regras 96 e 97).

---

<sup>437</sup> Doravante, explica o autor: “no âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados ou sobreincluídos têm acesso aos direitos (e, portanto, às vias e garantias jurídicas), sem se vincularem, efetivamente, aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados ou subincluídos, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas restritivas de liberdade. Daí por que tanto os subincluídos quanto os sobreincluídos são carentes de cidadania, que enquanto mecanismo político-jurídico de inclusão social (não no sentido técnico-jurídico de ser membro de um Estado como organização: nacionalidade), pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas também a respeito dos deveres”. NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03-17.

Ademais, como medidas de apoio à atividade judiciária, instituem uma série de garantias à administração da justiça, tais como a atuação de equipes multidisciplinares (regra 41), a utilização de intérpretes pelos jurisdicionados estrangeiros (regra 32), obrigando ainda à manutenção de uma assistência jurídica integral, gratuita e especializada (regras 28, 29 e 30), privilegiando-se os serviços das Defensorias Públicas.<sup>438</sup>

Já como instrumentos de organização e melhor gestão judicial, elencam-se a prioridade de tramitação de feitos (regra 38), o uso de tecnologias como forma de se evitar a revitimização (regras 71 e 95) – destacando-se, ainda, as regras de acessibilidade em caso de pessoas com deficiência (regra 77) e as regras de segurança às vítimas de violência doméstica ou familiar (regras 75 e 76).<sup>439</sup> Outra interessante previsão corresponde à utilização de formulários simplificados (“de fácil manejo”) para veiculação de pretensões básicas de indivíduos e grupos vulneráveis (regra 36).

Merecem, por fim, realce as regras que instituem a coordenação intra e interinstitucional, além da cooperação interorgânica e internacional (regras 39, 85, 86, 87 e 90), determinando a constituição de uma Comissão de Acompanhamento responsável por implementar e monitorar todas as regras anteriormente evidenciadas (regra 100).

Consoante se verifica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos fornece um delineamento institucional-administrativo bastante profícuo a respeito das balizas a serem observadas em caso de acesso à justiça de indivíduos e grupos vulneráveis.

#### 5.2.3.3.2 Das medidas de adaptação procedimental

De outro giro, as 100 Regras de Brasília também sistematizam uma série de medidas técnicas voltadas à instituição de remédios específicos e à adequação do procedimento em casos envolvendo pessoas em condição de vulnerabilidade.

Percuciente observar, nessa linha, que o documento internacional estabelece verdadeiro mandamento de adequação do procedimento e da técnica processual aos Estados signatários (regra 33).

---

<sup>438</sup> Os serviços de assistência jurídica abrangem a consulta jurídica, a orientação em direitos, a atuação extrajudicial e a defesa judicial.

<sup>439</sup> Cite-se, a este respeito, a Resolução nº 128 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a criação de coordenadorias das mulheres em situação de violência doméstica e familiar no âmbito dos tribunais de justiça estaduais e do Distrito Federal, visando a melhoria, a continuidade e a ampliação das políticas de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128/2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=151>. Acesso em 19/12/2018.

Referido compromisso, formalmente aceito pelo Estado brasileiro, revela uma preocupação com a revisão dos formalismos internos de cada país signatário em prol da facilitação do acesso à justiça dos sujeitos vulneráveis.

Como medidas específicas, é possível citar a flexibilização dos requisitos de acesso e de legitimidade processual (regra 34), no sentido de propiciar maior simplificação dos pressupostos exigidos pelo ordenamento para a prática de atos processuais por sujeitos vulneráveis.

Amplia-se, ademais, a possibilidade de participação de terceiros no processo (fiscais, entidades defensoras de direitos humanos, ombudsman etc.), desde que possam coadjuvar nas demandas pertinentes a pessoas vulneráveis (regra 34).

O documento também resgata como princípios informadores das práticas processuais a oralidade (regra 35), a concentração de atos judiciais (regra 69) e a tempestividade (regra 68), objetivando: i) favorecer maior agilidade na tramitação do processo; ii) garantir a imediação na colheita de provas; iii) evitar comparecimentos desnecessários por parte da pessoa em condição de vulnerabilidade.

Prevê, ainda, enquanto instrumentos de facilitação ao acesso à justiça, a garantia de informação sobre os atos judiciais e as etapas do procedimento, esmiuçando a necessidade de se informar a natureza do ato, o papel dos participantes e o tipo de apoio eventualmente destinado à pessoa vulnerável (regras 52 e 53).

Assegura, sob outro enfoque, a garantia de assistência jurídica integral e gratuita aos jurisdicionados, a garantia de intervenção de equipes multidisciplinares durante a celebração dos atos jurisdicionais (regras 64 e 65), assim como a garantia de sigilo em caso de possível revitimização, situação emocional ou insegurança (regra 82).

Não só. É possível apreender uma preocupação em torno do aperfeiçoamento das técnicas de comunicação processual, as quais devem ser prestadas em tempo razoável (regra 54) e confeccionadas em termos e estruturas gramaticais simples e compreensíveis (regra 59), recomendação que também se estende à linguagem utilizada em audiência (regra 71), em clara resposta às necessidades intelectuais das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Doravante, demonstrando fina sintonia com modernas tendências do Direito Processual contemporâneo, as 100 Regras de Brasília privilegiam a difusão, utilização e adequação dos métodos consensuais de resolução de conflitos (regras 43 a 46), destacando: i) a pertinência de sua aplicação “nos casos em que seja apropriado” (regra 43); ii) a necessidade de informação prévia e a consideração das circunstâncias particulares das pessoas afetadas (regra 44); iii) a capacitação específica de mediadores e árbitros nestas espécies de conflitos

(regra 44); iv) a preferência destes mecanismos para a composição de disputas envolvendo comunidades indígenas (regras 48 e 49).

Por derradeiro, alinhando-se ao Código Processual brasileiro de 2015, o documento recomenda a adaptação dos procedimentos e sistemas processuais para permitir a antecipação jurisdicional da prova (regras 37 e 70), seja para evitar a reiteração de declarações, seja para garantir sua captação antes do perecimento.

Insiste-se: pertinente observar a proficiência das normas internacionais de direitos humanos envolvendo a adequação da técnica processual à tutela de indivíduos vulneráveis, as quais até hoje vem sendo ignoradas pelo Poder Judiciário brasileiro.

#### ***5.2.3.4 A necessidade de um processo civil que valorize a autonomia individual, a liberdade de escolha e a participação de sujeitos vulneráveis***

Como última exigência contemporânea por justiça de indivíduos e grupos vulneráveis, o processo civil deve valorizar a autonomia individual, a liberdade de escolha e a participação de sujeitos vulneráveis e grupos historicamente discriminados nos processos decisórios a eles concernentes.

O direito à participação<sup>440</sup> pressupõe um dever de corresponsabilidade nas manifestações de poder estatal, fonte de legitimação dos atos públicos decisórios. Como atira Fernanda Tartuce: “imprescindível que as desigualdades inerentes à vida social – sofridas com mais intensidade pelos desfavorecidos em condição vulnerável – não fulminem, por si mesmas, as chances de distribuição de justiça”.<sup>441</sup>

Dessa forma, para que se possa cogitar de legítima inclusão dos socialmente excluídos por meio do processo, indispensável criar oportunidades de voz, escolha e participação, isto é, de condições para o exercício da cidadania processual, sob pena de se imperar a malsinada lógica de inclusão meramente formalista, algo que já não encontra espaço de legitimação nos ambientes democráticos modernos.

Essa reflexão denuncia a importância de um alinhamento do processo civil à função promocional de direitos humanos, o qual, sob o prisma da filosofia do reconhecimento, não deve assumir uma postura “paternalista” de Estado em relação aos sujeitos vulneráveis,

---

<sup>440</sup> Segundo Paulo Bonavides, o direito à democracia participativa seria um direito fundamental de quarta dimensão. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>441</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 161.



alimentando a falsa premissa de que órgãos públicos e seus agentes “sabem o que é melhor” para o cidadão historicamente discriminado.

Cite-se, como exemplo, o recente caso da comarca de Mococa/SP, em que a pretexto de “proteger” uma mulher em situação de rua, o Poder Judiciário acolheu pedido do Ministério Público e determinou sua condução coercitiva e esterilização compulsória, sem oportunidade de contraditório prévio.<sup>442</sup> A decisão afronta, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana, a autonomia pessoal e a garantia de participação de pessoa hipervulnerável, revelando o quão perigoso pode se tornar o autoritarismo estatal, quando encoberto com o véu do “paternalismo”.

Justamente por constituir um *locus* público dialético,<sup>443</sup> o processo deve evitar a supressão de razões comunicativas relevantes para a determinação do tema julgado.<sup>444</sup> Como aponta Dierle Nunes, o processo democrático deve ser encarado como pressuposto de legitimidade da prestação da tutela jurisdicional, paradigma que guinda o contraditório a elemento normativo estrutural da comparticipação entre as partes (policentrismo processual).<sup>445</sup>

Neste sentido, para muito além do respeito às garantias fundamentais do devido processo legal já instituídas (ampla defesa, contraditório etc.), necessário investir em proteções diferenciadas às pessoas em situação de vulnerabilidade sociocultural, criando fendas democráticas nos processos decisórios que permitam uma adequada participação de indivíduos vulneráveis no módulo processual, valorizando o contraditório substantivo e a possibilidade de influência sobre a construção dos provimentos judiciais, vedando-se às decisões surpresas.

Esteado nestas premissas, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada no direito interno como norma materialmente constitucional (art. 5º, §3º, CF/88), adota exatamente as garantias da autonomia individual, da liberdade de escolha e da efetiva participação da pessoa na sociedade (artigo 3º, “a” e “c”).

Na mesma linha, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece a crianças e adolescentes a “oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões” (art. 9.2), diretriz repetida em relação à autodeterminação, direito de consulta e participação de povos

---

<sup>442</sup> A decisão liminar foi proferida nos autos do processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360 pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Mococa/SP. Posteriormente, a decisão foi revertida em segundo grau de jurisdição, conforme acórdão proferido pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Não houve tempo, porém, de impedir a realização compulsória da esterilização.

<sup>443</sup> FAZZALARI, *Note in tema di diritto...*, op. cit., p. 112.

<sup>444</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade. Vol. II.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>445</sup> NUNES, **Processo jurisdicional democrático...**, op. cit., p. 147.

indígenas na Convenção nº 169 da OIT (arts. 6º e 7º do Decreto nº 5.015/2004) e na Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas (art. 1º, §1º e 5º).

Assim também dispõe a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (art. 4º, “j”, e 8º, “f”) e o Estatuto da Igualdade Racial (art. 4º), respectivamente a respeito da participação de mulheres nas tomadas públicas de decisões e na participação da população negra na construção de ações afirmativas.

Igualmente, as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade adotam medidas específicas de participação processual das pessoas em condição de vulnerabilidade, conferindo especial enfoque aos conflitos envolvendo pessoas com deficiência (regras 6, 8 e 77), comunidades indígenas (regras 48, 49 e 79) e crianças e adolescentes (regras 5, 78 e 79).

Conforme exposto, as regras favorecem uma ampliação da legitimidade processual mediante a flexibilização dos requisitos de acesso (regra 34), assim como a ampliação de figuras encaradas como porta-vozes, seja mediante a participação de terceiros (regra 34), seja mediante a garantia de uma assistência jurídica integral, gratuita e especializada (regras 78 e 79).

Quer-se demonstrar o óbvio: o processo civil, espaço público de manifestação do poder estatal, não pode desconsiderar as exigências participativas destinadas a incluir indivíduos e grupos vulneráveis nos processos decisórios.<sup>446</sup> À luz do paradigma da autonomia individual, o Sistema de Justiça deve servir de instrumento de emancipação dos sujeitos marginalizados ampliando a voz e não suprimindo o grito das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Frente a todas estas exigências normativas, faz sentido cogitar de ações afirmativas processuais que levem a cabo as tarefas aqui mencionadas.

---

<sup>446</sup> Como lembra Dinamarco: “A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de-ofício inesperadas”. DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo...**, op. cit., p. 285.

### 5.3 INSTRUMENTOS DE TRATAMENTO DA VULNERABILIDADE NO PROCESSO: AS “AÇÕES AFIRMATIVAS PROCESSUAIS”

Ações afirmativas podem ser conceituadas como a exigência de favorecimento a minorias socialmente inferiorizadas ou juridicamente desigualladas por preconceitos arraigados culturalmente, à luz da isonomia substancial.<sup>447</sup>

Inspiradas nas *affirmative actions* norte-americanas da década de 60,<sup>448</sup> elas pressupõe a concretização da igualdade em sua dimensão fática ou material, “forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”,<sup>449</sup> tendo ainda por objetivo “corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado”.<sup>450</sup>

Tomando-se emprestado a moldura conceitual aqui apresentada, tem-se por ação afirmativa processual toda ação, política, remédio ou apoio introduzido ao fenômeno processual, que vise favorecer a isonomia processual ou facilitar a inclusão de indivíduos vulneráveis no processo. Essas medidas tendem a se desenvolver em dois planos distintos: a) plano legislativo, envolvendo a formulação de procedimentos e remédios processuais *in abstracto*, favorecendo indivíduos vulneráveis em uma perspectiva social coletiva; b) plano jurisdicional, permitindo a adequação do procedimento frente à situação concreta de vulnerabilidade apresentada, válvula de escape às omissões legislativas.

Seria possível cogitar ainda, de ações afirmativas processuais redistributivas, as quais teriam por objeto medidas e apoios voltados a renivelar desigualdades de natureza socioeconômica, como, *verbi gratia*, a extensão de sujeitos beneficiários da gratuidade de custas (art. 98, caput, CPC/2015), assim como de ações afirmativas processuais inclusivas, as quais teriam por escopo enaltecer a diversidade, particularizando a diferença de grupos vulneráveis socioculturais. Exemplo desta categoria seria a inclusão da prioridade de tramitação

<sup>447</sup> ROCHA, Cármen Lucia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade, *Revista Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, jul/ste, 1996, p. 283.

<sup>448</sup> Sobre as ações afirmativas no direito comparado, conferir: MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010; \_\_\_\_\_ **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005; SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: É Realizações, 2016.

<sup>449</sup> ROCHA, **Ação afirmativa...**, op. cit., p. 286.

<sup>450</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio da igualdade - o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39-40.

destinada aos processos envolvendo crianças e adolescentes no Código Processual em vigência (art. 1.048, inc. II, CPC/2015).

## CAPÍTULO 6 – TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PESSOAS SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIOCULTURAL

### 6.1 DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

#### 6.1.1 O primeiro recorte proposto: a dimensão da adequação da tutela jurisdicional

É chegado o momento de delimitar a análise. Como primeiro recorte proposto, pretende-se avaliar a dimensão da adequação da tutela jurisdicional, enfoque que engloba a dimensão da adaptação da técnica processual, do procedimento e das formas executivas. Não se adentrará, doutro giro, aos meandros da efetividade e da tempestividade processual, deixando este trabalho de investigar critérios de eficiência processual, infraestrutura judiciária, gerenciamento de casos, coeficientes de letargia do processo ou avaliações de desempenho por critérios quantitativos.

A proposta de desenvolvimento é outra: reunir as principais ações afirmativas processuais inseridas nas legislações protetivas, investigando também hipóteses de flexibilização dos procedimentos inseridos no Código Processual de 2015, as quais sirvam à adequação da tutela jurisdicional prestada às pessoas em condição de vulnerabilidade sociocultural. Propõe-se, como método de análise, uma investigação dogmática.<sup>451</sup>

#### 6.1.2 O segundo recorte proposto: a vulnerabilidade sociocultural

Como segundo recorte proposto, a análise recairá sobre hipóteses de vulnerabilidade sociocultural, isto é, situações de vulnerabilidade ligadas à diversidade cultural e identitária de grupos historicamente discriminados. A delimitação empreendida dialoga, portanto, com a classificação introduzida na segunda parte desta pesquisa, recaindo sobre pessoas com deficiência, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, afrodescendentes,

---

<sup>451</sup> Como lembra Ferraz Jr., a dogmática jurídica se propõe a solucionar uma dupla contingência: “[...] a Dogmática surge, na relação de aplicação quando os seus dois polos adquirem um caráter contingente. De um lado, em termos de tomada de decisão, os casos podem ou não existir, podem ser interpretados de um modo ou de outro. E de outro, com o fenômeno da positivação, as próprias normas podem ser postas desta ou daquela maneira. Ora, quando ambos os polos da relação ficam contingentes, a própria relação de aplicação se torna contingente, pois ficamos obrigados a reconhecer que não há só uma, mas várias possibilidades de se aplicar o Direito. Surge daí a necessidade socialmente fundada de um instrumento estabilizador dessa dupla contingência, na forma de critérios de relacionamento da relação de aplicação. Esse instrumento é a dogmática jurídica”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

quilombolas, indígenas, população LGBTI, refugiados, imigrantes e deslocados internos e, mais restritamente, pessoas em situação de rua.

Não serão avaliadas, de outra banda, situações envolvendo as vulnerabilidades socioeconômicas, grupo em que compreendidos os enfermos, os hipossuficientes econômicos, os trabalhadores, os analfabetos, os sem-moradia, os sem-terra, além dos consumidores. Também não serão examinadas identidades socioculturais menos presentes na realidade forense brasileira, tais como os ciganos, os grupos faxinais, as comunidades ribeirinhas, as quebradeiras de coco babaçu, as vazanteiras, as geraizeiras, os seringueiros, as catingueiras, os castanheiros, o que não impede, contudo, sejam estas espécies trabalhadas a partir dos instrumentos protetivos aqui elencados.

Ademais, compreende-se que o recorte proposto atende a uma perspectiva funcional e pragmática relacionada à Ciência Processual, orientando a sistematização e a adoção de remédios processuais inclusivos a pessoas em condição de vulnerabilidade. Evita-se ainda o tratamento de situações de discriminação histórico-cultural unicamente pela via de remédios redistributivos.

Por derradeiro, importante referir que este estudo não pretende esgotar todas as hipóteses de adequação procedimental relacionadas a cada um dos grupos vulneráveis aqui suscitados, tarefa invencível que não contribuiria para a extração de um fio de racionalidade comum envolvendo a tutela jurisdicional destes indivíduos. Importa, ao revés, investigar os principais remédios afirmativos que se relacionam à tutela jurisdicional destes grupos, projetando uma aplicação sistemática das técnicas desvendadas.

## 6.2 PREMISSAS CIENTÍFICAS GERAIS

### 6.2.1 A tutela jurisdicional humanista como condição de possibilidade para um processo civil inclusivo

Conforme debatido na primeira parte deste trabalho, a tutela jurisdicional humanista propõe uma reorientação funcional do clássico conceito de tutela jurisdicional, migrando da ideia de tutela de direitos subjetivos para a ideia de tutela das pessoas. Trata-se de visão do Direito Processual Civil que coloca em realce à proteção da dignidade humana e à promoção dos direitos humanos, corolários do denominado processo civil constitucional.

Assim, seja enquanto meio preordenado à consecução da atividade judicial, seja enquanto resultado produzido no plano da vida social, a tutela jurisdicional deve centrar suas preocupações na proteção do homem, fator legitimante de todas as normas processuais.

É preciso compreender, ademais, que toda vez que um sujeito vulnerável recorre ao Poder Judiciário a fim de resguardar direitos humanos historicamente conquistados o que verdadeiramente está em jogo não é a tutela de situações jurídicas abstratas, mas sim uma parcela fragilizada da humanidade. Em suma: a humanização do processo – e também da tutela jurisdicional –, configura a “pauta ética da proposta da consideração da vulnerabilidade processual”.<sup>452</sup>

Com base na tutela jurisdicional humanista, portanto, possível admitir que a consideração da vulnerabilidade impulse a adaptação do procedimento e da técnica processual rumo a uma efetiva proteção de sujeitos vulneráveis. Indispensável, para tanto, que a adequação da tutela jurisdicional, componente fundamental da concepção de processo justo, contemple as situações de vulnerabilidade das partes, resguardando, de um lado, sua dignidade, diversidade e efetiva participação, e combatendo, de outro, a obstaculização do acesso, a estigmatização, a subordinação cultural e o desrespeito à diferença.

### 6.3.2 Fundamentos normativos

Como fundamentos normativos genéricos à adequação da tutela jurisdicional em favor de indivíduos vulneráveis, é possível citar a garantia fundamental de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inc. XXXV), a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/1988; art. 8º, CPC/2015), a cláusula constitucional de antidiscriminação (art. 3º, inc. IV), os tratados internacionais de direitos humanos, assim como as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.

No que toca aos fundamentos específicos, imperioso observar o mandamento expresso de adequação e revisão das regras processuais inserido nas regras 25 e 33 do Capítulo 2 das 100 Regras de Brasília, as quais asseguram “a promoção das condições necessárias para que a tutela judicial dos direitos reconhecidos pelo ordenamento seja efetiva, adotando aquelas medidas que melhor se adaptem a cada condição de vulnerabilidade”, além da “revisão das regras de procedimento para facilitar o acesso das pessoas em condição de vulnerabilidade, adotando aquelas medidas de organização e de gestão judicial que sejam conducentes para tal

---

<sup>452</sup> TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...*, op. cit., p. 186.

fim”. As 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade deixam claro, portanto, que os países signatários têm por obrigação adequar sua legislação interna às condições de vulnerabilidade sociocultural, a fim de garantir efetivo acesso às populações em risco social.

Também a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, documento incorporado ao nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional, garante a adoção de medidas legislativas e administrativas necessárias para a concretização dos direitos da pessoa com deficiência, obrigando os Estados-parte à observância de um dever de abstenção em relação a "qualquer ato ou prática incompatível com a Convenção" (artigo 4º, alíneas "a", "b" e "c").

Institui, ademais, verdadeiro direito fundamental à adequação das regras procedimentais, expresso na fórmula da adaptação razoável (art. 2º), o qual impõe modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Referido direito é repetido nos artigos 5.3 e 13, obrigando os Estados-parte a “promoverem a igualdade e eliminar a discriminação, adotando as medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável”, assim como o “efetivo acesso à justiça das pessoas com deficiência, mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade”.

Esses comandos normativos, porque constitucionais ou supralegais, devem ser absorvidos e implementados pela legislação processual interna, a qual, frise-se, assegura que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13, CPC/2015).

Nesta senda, a própria Codificação Processual referenda uma cláusula aberta de adaptação em relação aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, reforçando a tese aqui sustentada da obrigatoriedade de adequação da tutela jurisdicional às pessoas em situação de vulnerabilidade.

### **6.2.3 Espécies de adequação da tutela jurisdicional em favor de grupos vulneráveis**

A tutela jurisdicional adequada pressupõe meios processuais aptos ao tratamento dos conflitos que aportam ao Poder Judiciário, englobando a dimensão das técnicas processuais,



do procedimento e das formas executivas. Com base nesta premissa, três seriam as formas de adequação da tutela jurisdicional: legislativa, jurisdicional e convencional.

Na esfera legislativa, a adequação funciona como verdadeiro vetor informativo ao legislador,<sup>453</sup> orientando-o na formulação de técnicas processuais em abstrato e na instituição de ritos especialmente calibrados.

Já na esfera jurisdicional, a adequação opera como vetor interpretativo-aplicativo,<sup>454</sup> obrigando o magistrado a suprir a omissão legislativa de regra procedimental ou superar a técnica processual inidônea à tutela da pessoa, à luz do mandamento constitucional de inafastabilidade de jurisdição (*ubi jus, ibi remedium*).<sup>455</sup>

Por fim, na esfera convencional, valoriza-se a autonomia das partes, as quais podem criar, modificar ou extinguir ônus, poderes, faculdades e deveres por meio de acordos processuais, admitindo-se, ainda, convenções procedimentais com o escopo de adaptar a técnica processual às necessidades do caso concreto.

Todas estas modalidades reforçam o conteúdo contemporâneo do direito fundamental à tutela jurisdicional, na dimensão da adequação.

#### **6.2.4 Pressuposto à adequação: a identificação da condição vulnerável**

Em sua tese de doutoramento, Fernanda Tartuce conclui se tratar a vulnerabilidade processual de uma suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.<sup>456</sup> Sua incidência possibilitaria ao juiz uma ampla margem de consideração acerca da vulnerabilidade concreta manifestada no processo, garantindo-se uma atuação jurisdicional rumo à superação de situações comprometedoras da isonomia.<sup>457</sup>

A processualista mineira identifica ainda fatores objetivos para aferição da vulnerabilidade processual, representados pela insuficiência econômica, óbices geográficos, debilidades na saúde, desinformação pessoal, dificuldades na técnica jurídica e incapacidade de

---

<sup>453</sup> DIDIER JR., **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo...**, op. cit., p. 530-541.

<sup>454</sup> Ibid.

<sup>455</sup> “Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz”. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil Vol. 1...**, p. 136.

<sup>456</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 184.

<sup>457</sup> Ibid., p. 185.

organização.<sup>458</sup> Após a análise pormenorizada destas categorias, volta sua atenção para a eleição de um critério discriminador à luz do princípio da isonomia, concluindo legítima a diferenciação que considere (i) o critério discriminatório, cujo traço distintivo reside na pessoa e na situação processual, (ii) justifique racionalmente o fator erigido como *discrimen* e o tratamento jurídico diversificado, (iii) atenda as finalidades reconhecidas na Constituição.<sup>459</sup>

Endossando em grande parte o pioneiro estudo acima citado, sobretudo a admissão da vulnerabilidade como pressuposto legítimo a fundamentar uma distinção de tratamento processual dirigido às partes, compreende-se que a vulnerabilidade deve ser avaliada concretamente pelo magistrado à luz da condição pessoal da parte, da situação relacional em que inserido o sujeito, assim como em função dos determinantes históricos, sociais e culturais de risco social reconhecidos nas regras protetivas de direitos humanos.

Normativamente, toma-se como norte o estabelecido nas regras 1.3 e 1.4 das 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, a qual considera em situação de vulnerabilidade pessoas que, por razões contingenciais, encontram especiais dificuldades de exercitar os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico perante o Sistema de Justiça, constituindo causas de vulnerabilidade a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou minorias, a vitimização, a migração ou deslocamento interno e o gênero.

Ademais, conclui-se ser possível prescindir da fixação de critérios objetivos no tratamento específico da vulnerabilidade cultural, seja em razão da impossibilidade de se superar a perspectiva subjetiva da parte que apresenta uma vulnerabilidade identitária (dimensão do autorreconhecimento), seja porque a vulnerabilidade foi expressamente erguida à categoria de critério discriminador pelo Código Processual de 2015, referendando o tratamento processual diferenciado das partes pelo juiz à luz do controle de adequação dos negócios jurídicos processuais.

Viável, nessa linha, atribuir ao parágrafo único do artigo 190 a função de cláusula-geral da vulnerabilidade no contexto processual nacional, o qual, à mercê de qualquer fator objetivo pré-determinado, admite a consideração da vulnerabilidade como fator de *discrimen* para a adequação da técnica processual eleita com base na autonomia da vontade das partes. A

---

<sup>458</sup> *Ibid.*, p. 189-218.

<sup>459</sup> Como conclui a autora: “a vulnerabilidade processual configura um critério legítimo de diferenciação por distinguir entre os litigantes aqueles que se encontram limitados para a prática dos atos processuais em razão de situações contingentes ou provisórias a que não deram causa voluntariamente. Por meio desse critério permite-se a esses litigantes um tratamento jurídico diferenciado para que sua suscetibilidade não comprometa fatalmente a atuação em juízo e que seja assegurada a igualdade de oportunidades mediante a superação dos óbices que os acometeram”. *Ibid.*, p. 222.

nova Codificação estabelece, assim, verdadeira questão prejudicial ao controle posterior das convenções processuais, cumprindo ao juiz investigar se “alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade”.

O raciocínio é coerente, afinal, se o Código admite a vulnerabilidade enquanto critério a legitimar o controle *ope judice* de convenções firmadas a respeito do procedimento, restringindo a liberalidade das partes sobre a adequação da tutela jurisdicional, com maior razão deve admitir o controle judicial sobre inadequações procedimentais legislativas, cuja validade jamais foi debatida ou influenciada pela vontade das partes, mas sim imposta em razão da autoexecutoriedade do texto legal. Aplicável aqui a máxima latina *in eo quod plus est semper inest et minus*, segundo a qual quem pode o mais (restringir a liberdade e adequar o procedimento), pode o menos (adequar o procedimento).

Doravante, à vista de um processo civil inclusivo, importante que o modelo procedimental oportunize à parte a arguição da condição vulnerável no processo, a qual pode ser deduzida como questão prejudicial logo no bojo da petição inicial ou da contestação, permitindo ao juiz oportuna verificação a respeito da presença ou não de referida condição de fragilidade, podendo ainda ser suscitada ao longo do arco procedimental, mediante petição interposta especificamente para esta finalidade.

Na aferição da condição vulnerável arguida pela parte, o juiz deve considerar não apenas a autodeterminação do sujeito processual, mas também avaliar concretamente o contexto relacional em que inserido o indivíduo, analisando, por conseguinte, a complexidade da causa (questões jurídicas e probatórias envolvidas, número de partes etc.) e a importância da demanda para o sujeito processual.

Sempre que possível, deve a parte vulnerável indicar ao magistrado os fundamentos de fato e de direito que sustentam à caracterização da situação afirmada, apresentando elementos comprobatórios das afirmações encetadas. Igualmente relevante que a parte indique ao magistrado para quais atos entende comprometido o exercício das posições jurídicas processuais, facilitando a atividade de adequação do procedimento à luz do processo cooperativo (art. 6º).

Caso a análise da vulnerabilidade se desenvolva incidentalmente, nada impede que sobre ela recaia o contraditório da parte adversa, à luz dos artigos 9º e 10 da nova Codificação. Eventuais abusos de direito praticados por indivíduos que se autodenominem vulneráveis,

poderão ainda ser coibidos pelo magistrado a partir da cláusula geral de boa-fé objetiva e dos instrumentos de combate a improbidade processual (arts. 5º, 77, inc. I, e 139).<sup>460</sup>

Em face de vulnerabilidades cruzadas entre as partes, o magistrado deverá optar por uma adequação que amplie ao máximo a guarida procedimental conferida a ambas as partes, acautelando-se para que as medidas ou apoios instituídos em favor de um dos sujeitos processuais não implique o agravamento da vulnerabilidade presente no outro polo da demanda. Como norte metodológico, aplicável o tríplice critério da proporcionalidade (necessidade-adequação-proporcionalidade *strictu sensu*).

Dúvidas há, por fim, sobre eventual recurso cabível em caso de indeferimento pelo juiz da condição de vulnerabilidade arguida, uma vez que as hipóteses taxativas do agravo de instrumento aparentemente não comportam discussão a respeito da situação pessoal da parte (art. 1.015). À primeira vista, portanto, restaria à parte recorrer aos chamados sucedâneos recursais, garantindo-se, via mandado de segurança, eventual consideração da condição vulnerável no processo. O remédio jurídico aqui proposto, parece constituir a única saída jurídica viável segundo a sistemática processual vigente, o qual, porém, não deixa de considerar a exigência de máxima efetividade aos remédios jurídicos voltados à garantia dos direitos humanos de indivíduos vulneráveis.

### 6.2.5 Princípios metodológicos

A ausência de fatores objetivos pré-determinados em lei não significa, porém, que a adequação procedimental em favor de indivíduos vulneráveis deixe de observar vetores normativos de concretização.

Nesta ótica, até como forma de evitar indesejado solipsismo do julgador, relevante a apresentação dos princípios metodológicos que deverão iluminar a atividade de adequação do procedimento e da técnica processual operada pelo magistrado, à luz das legislações protetivas de direitos humanos.

---

<sup>460</sup> TARTUCE, *Igualdade de vulnerabilidade no processo civil...*, op. cit., p. 347.

### 6.2.5.1 Princípio “pro persona” ou “pro homine”

A partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos, possível a extração do princípio *pro persona*, também denominado *pro homine*,<sup>461</sup> legado de interpretação humanitária das normas jurídicas que reconhece a superioridade das normas de direitos humanos, assegurando que, em casos de divergência de interpretação ou colidência entre normas internas e externas, seja adotada a posição normativa mais favorável ao indivíduo.<sup>462</sup>

Cuida, assim, o princípio *pro persona* de vetor hermenêutico que tem por escopo buscar sempre a melhor proteção possível à dignidade humana, acudindo a norma mais ampla ou a interpretação mais extensiva quando se tratar de reconhecer direitos protegidos, e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se tratar de estabelecer limitações ao exercício dos direitos.<sup>463</sup>

O princípio *pro homine* visa, portanto, superar os antigos critérios utilizados para a resolução de antinomias normativas (cronológico, hierárquico e da especialidade),<sup>464</sup> ampliando ao máximo a guarda da pessoa vulnerável por meio da aplicação da norma mais protetora, da conservação da norma anterior mais favorável e da interpretação com sentido mais tutelar.<sup>465</sup> Caminha, *pari passu*, com a ideia de máxima efetividade e aplicabilidade integral dos direitos humanos, homenageando o postulado da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.<sup>466</sup>

A norma aqui mencionada, além de encontrar-se expressamente positivada no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>467</sup> e no artigo 5º do Pacto de Direitos

<sup>461</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. 1.** Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 297.

<sup>462</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

<sup>463</sup> PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la representación de los derechos humanos.* In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.** Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

<sup>464</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (org.). **Controle de convencionalidade – temas aprofundados.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 107.

<sup>465</sup> HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos em el orden interno: la importância del principio pro homine,* **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 39, Costa Rica, p. 94-96, 2004.

<sup>466</sup> RAMOS, **Curso de Direitos Humanos...**, op. cit., p. 105-106.

<sup>467</sup> Art. 29, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

Civis e Políticos,<sup>468</sup> foi inserida na maioria dos tratados e convenções internacionais que versam sobre o acesso de indivíduos e grupos vulneráveis aos sistemas de proteção, sendo possível citar, a título exemplificativo, o artigo 41 da Convenção dos Direitos da Criança<sup>469</sup> e o artigo 23 da Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.<sup>470</sup>

Ademais, o princípio já obteve acolhimento explícito pelo Supremo Tribunal Federal, funcionando como vetor aplicativo no controle de convencionalidade de normas internas no julgamento do Habeas Corpus nº 91.361-SP. Sobre o tema, expressiva a lição do Ministro Celso de Mello no sentido de que o Poder Judiciário deve extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos como forma de “viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana”, sob pena de a “liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs”.<sup>471</sup>

No caso das normas processuais, toda a atividade de adequação da tutela jurisdicional deve privilegiar a dignidade e os direitos humanos da pessoa vulnerável, evitando-se que as adaptações procedimentais persigam uma lógica descontextualizada, como a mera eficiência quantitativa ou a aceleração cega do procedimento.

### 6.2.5.2 Princípio “*favor vulnerabilis*”

Extraído do Direito Romano, o princípio do *favor vulnerabilis* (ou *favor debilis*) encontra fundamento atual nas normas de Direito Privado, implicando o favorecimento de uma parte em razão de sua condição de fragilidade pessoal ou de sua posição na ação ou no contrato.

Como esclarecem Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, da regra romana da flexibilização (*in dubio mitius*) e das influências do direito canônico e do direito internacional

<sup>468</sup> Art. 5º, PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS: “1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”.

<sup>469</sup> Art. 41, CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA: “Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado”.

<sup>470</sup> Art. 23, Convenção pela Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher: “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que seja contida: a) Na legislação de um Estado-Parte ou; b) Em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado”.

<sup>471</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 91.361**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.09.2008.

público, nascem três princípios interpretativos de grande utilidade para a interpretação das leis e dos negócios jurídicos privados, tratando-se das: i) regras de favorecimento, tais como o *favor debitoris, favor debilis, favor defensionis* etc.; ii) regras gerais de benesse, tais como o *benigna interpretativo, semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* e a interpretação dos pactos; iii) regras de flexibilização, tais como a *humanitas interpretatio* ou *humanitas et utilitatis causa*.<sup>472</sup> Segundo os autores do Sul, todas estas normas-princípio poderiam ser invocadas em favor de pessoas vulneráveis no âmbito do Direito Privado.

Transportando estas preocupações ao Direito Processual Civil, compreende-se que a flexibilização das regras processuais deve sempre ser invocada em favorecimento da parte vulnerável, obedecendo assim aos corolários da máxima guarida e da interpretação com sentido mais protetivo. Preserva-se, com isso, os direitos humanos mais caros à perspectiva do reconhecimento de identidades socioculturais, tais como a autonomia, a liberdade de escolha e a participação processual, evitando-se que a adaptação descambe em prejuízo à parte vulnerável, o que a tornaria ilegítima frente à legislação protetiva.

### **6.2.5.3 Princípio da adaptação razoável ou da acomodação razoável**

Doravante, o princípio da adaptação razoável implica no ajuste de políticas, ações e práticas sociais às necessidades de indivíduos e grupos vulneráveis, que sofrem um impacto desproporcional em decorrência da aplicação de normas homogeneizantes.

Tal princípio encontra-se expressamente previsto no artigo 2º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que conceitua adaptação razoável como as modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. A norma de *status* constitucional indicada ainda prevê no artigo 5.3 que os Estados adotarão “todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”.

Como acena Daniel Sarmento, a ideia subjacente à adaptação razoável é a de que normas jurídicas, políticas públicas e práticas sociais, ainda quando válidas, podem ter um impacto desproporcional sobre determinadas pessoas em razão de suas características identitárias, sobretudo em decorrência do fato de que grupos não hegemônicos deixam de

---

<sup>472</sup> MARQUES; MIRAGEM, **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...**, op. cit., p. 45-46.

possuir, na maior parte dos casos, voz e poder suficientes para influenciar a definição destas medidas e políticas, tornando seus interesses frequentemente ignorados ou atropelados pelo *ethos* dominante.<sup>473</sup> Nestas hipóteses, deve-se buscar sempre que possível uma acomodação razoável entre os interesses do grupo desproporcionalmente afetado pela medida e o objetivo público, social ou empresarial que ensejou sua adoção.<sup>474</sup>

Aceita-se, nesta ótica, o reconhecimento da diferença, negando-se uma ideia de igualdade que se resuma à mera integração das pessoas às esferas sociais. A proposta, portanto, é promover igualdade por meio da inclusão da diferença, demandando que “a sociedade e as instituições públicas e privadas busquem, na medida do possível, acomodar, em suas políticas e práticas, as necessidades específicas de pessoas que integram grupos vulneráveis”.<sup>475</sup>

No âmbito processual civil, a atividade de adequação *ope judice* do procedimento deve sempre procurar acomodar, na medida do razoável, as necessidades específicas e os interesses de grupos vulneráveis, evitando que as normas processuais impliquem obstáculo ilegítimo ao acesso à justiça ou a inclusão social de grupos historicamente discriminados.

#### **6.2.5.4 Princípio “*in dubio pro vulnerabilis*”**

Das normas hermenêuticas, extrai-se ainda o princípio do favorecimento interpretativo, corolário do princípio *pro persona*, o qual sintetiza-se pela máxima *in dubio pro vulnerabilis*.

É possível verificar larga incidência do raciocínio ora externado na esfera da proteção contratual do consumidor (*in dubio pro consumidor*), em especial perante a regra instituída no artigo 47 do Código Consumerista (“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”).

Igualmente, o princípio em comento já foi utilizado na jurisprudência nacional para favorecimento da parte processual mais fraca, como, *verbi gratia*, ocorre em relação ao *in dubio pro reo*, ao *in dubio pro operário* e ao *in dubio pro misero*. A respeito, cite-se relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Antônio Herman Benjamin, no qual restou assentado que toda a legislação de amparo aos sujeitos vulneráveis há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na

---

<sup>473</sup> SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana...**, op. cit., p. 274.

<sup>474</sup> Ibid., p. 274.

<sup>475</sup> Ibid., p. 274-275.



perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma de fundo e processual.<sup>476</sup>

Sempre, portanto, que ao magistrado abrir-se uma plêiade de caminhos hermenêuticos, cumprirá a este optar pela interpretação que mais densifique a proteção da parte vulnerável, à luz da *humanitas interpretatio*. Como se verá adiante, referido princípio terá grande aplicabilidade prática perante as regras de distribuição do ônus da prova, orientando o modo de proceder do juiz frente às situações de vulnerabilidade das partes.

#### **6.2.5.5 Princípio da proteção integral**

Sinteticamente, o princípio da proteção integral pode ser conceituado como um sistema articulado de garantias, que tem por escopo assegurar, de forma integrada e intersetorial, a plena efetividade dos direitos humanos de indivíduos vulneráveis.

A proteção integral parte, portanto, das seguintes premissas: i) indivíduos vulneráveis são sujeitos de direitos; ii) encontram-se em peculiar situação de risco social; iii) apresentam problemas complexos que desafiam métodos plurais e conjugados de resolução; iv) o tratamento adequado da vulnerabilidade pressupõe que as instâncias públicas governamentais proporcionem uma articulação intersetorial entre políticas, medidas e ações, evitando que a burocracia estatal implique indevido óbice à efetividade.

Bastante decantado no âmbito do direito infanto-juvenil, o princípio em testilha encontra-se expressamente previsto nos artigos 227, §1º, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo possível percebê-lo em outras disposições referentes a grupos vulneráveis, como se depreende em relação aos idosos (art. 230, CF/1988), pessoas com deficiência (arts. 4º, Decreto nº 6.949/2009 e 8º da Lei Brasileira de Inclusão), mulheres (arts. 9º e 35, Lei Maria da Penha) e negros (art. 4º, Estatuto da Igualdade Racial). É comum, nesta senda, que legislações protetivas incluam ações afirmativas multiníveis, alcançando diferentes campos jurídicos (ex: cível, trabalhista, previdenciário etc.).

No âmbito processual, o princípio em comento valoriza a atuação de equipes multiprofissionais, permitindo a instituição de medidas específicas de apoio, como é o caso da curadoria especial, da colheita de depoimento por especialista, da tomada de decisão apoiada etc. Crível, ainda, à luz da cláusula constitucional de solidariedade, que o magistrado abandone

---

<sup>476</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.145.083/MG**. Rel. Min. Antonio Herman Benjamin, j. 27.09.2011.

a inércia em favor de uma postura provocativa de políticas públicas de assistência social em prol de vulneráveis, oficiando inclusive aos órgãos responsáveis pelo tratamento da vulnerabilidade social (Centros de Referência, Casas de acolhida etc.).

#### ***6.2.5.6 Princípio da não fruição obrigatória da ação afirmativa***

É preciso deixar claro, porém, que a adequação da tutela jurisdicional consubstancia medida excepcional, de uso limitado às hipóteses em que as regras de Direito Processual impliquem indevido obstáculo ao acesso à justiça de indivíduos vulneráveis ou ao exercício de seus direitos processuais no bojo do procedimento.

Assim, a adequação procedimental deve atender ao princípio da proporcionalidade, à luz do paradigma cooperativo e da boa-fé objetiva, encontrando limite nas garantias constitucionais do processo, em especial no devido processo legal, no contraditório e no dever de motivação das decisões judiciais. Impõe-se, ainda, a observância da autonomia da vontade da parte vulnerável, o que revela que nenhum sujeito vulnerável está obrigado ao desfrute de uma medida afirmativa erigida em seu favor.

O princípio considerado é relevante pois funciona como verdadeiro freio ao subjetivismo do julgador, evitando que atuações estatais paternalistas ou assistencialistas descambem em indesejado autoritarismo, ou acabem até mesmo por prejudicar pessoas em condição de vulnerabilidade, à pretexto de suposto favorecimento.

O princípio em destaque encontra-se positivado no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei Brasileira de Inclusão, o qual assegura que “nenhuma pessoa com deficiência está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”. Assim, caso entenda pela aplicação de uma ação afirmativa processual, independentemente de prévia arguição, cumprirá ao magistrado provocar a manifestação da parte vulnerável, conferindo-lhe a chance de influenciar a construção da medida afirmativa, vedando-se a instituição de discriminações positivas surpresa, nos termos dos artigos 9º e 10 do Código Processual de 2015.

### **6.3 SISTEMATIZAÇÃO DAS PRINCIPAIS TÉCNICAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS**

Analisados os axiomas metodológicos que devem iluminar a atuação do magistrado frente à instituição de ações afirmativas processuais, é chegado o momento de elencar as

principais técnicas que podem favorecer a adequação da tutela jurisdicional prestada a indivíduos e grupos vulneráveis.

Dois, portanto, são os objetivos específicos deste tópico: i) compilar as principais ações afirmativas processuais instituídas em favor da vulnerabilidade sociocultural pelas legislações protetivas; ii) reunir hipóteses concretas de adequação do procedimento e da técnica processual envolvendo os institutos do Código Processual de 2015, à luz das necessidades pragmáticas apresentadas por indivíduos vulneráveis no cotidiano forense.

### 6.3.1 Normas processuais fundamentais

#### 6.3.1.1 A boa-fé processual e a vedação ao “hate speech” no processo

Sem afastar os princípios específicos antes citados, importante verificar que alguns dos axiomas que compõe as chamadas “normas fundamentais” inseridas na parte geral do Código Processual de 2015 possuem direta correlação com a adequação da tutela jurisdicional prestada a indivíduos vulneráveis.

Ao instituir regramento específico no plano do comportamento processual exteriorizado, o princípio da boa-fé processual (art. 5º) impõe aos sujeitos processuais verdadeiros *standarts* normativos de conduta, destacando-se os deveres de honestidade, probidade e lealdade no bojo do processo. Reprime, de outro giro, condutas que impliquem mácula à eticidade, como, *verbi gratia*, o comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), a conduta maliciosa (que desafia o *exceptio doli*) e o abuso de direito em benefício próprio (*tu quoque*).<sup>477</sup> Coíbe também a prática de atos processuais protelatórios e a resistência injustificada ao andamento do processo (arts. 77, inc. III; 80, inc. IV e VII; 139, inc. III; 702, §11, 774; 918, par. ún.; 1.026, §§2º e 3º), assim como atos que impliquem descumprimento ou embaraço à efetivação das decisões judiciais (arts. 77, inc. IV; 80, inc. VI; 774). Ademais, é possível verificar sua aplicabilidade no âmbito das convenções processuais firmadas pelas partes (art. 190 e 191), servindo como importante vetor hermenêutico ao controle de validade dos acordos processuais (art. 190, par. ún.).

Todas estas funcionalidades atraem um olhar especial quando se está diante de pessoas em situação de vulnerabilidade. Como já referido, é possível que os sujeitos processuais

---

<sup>477</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte; et. al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 31.

venham a praticar o chamado *hate speech* processual ou emitam juízos morais sobre o “modo de ser” ou sobre o “projeto de vida” da pessoa em condição de vulnerabilidade. Entende-se que tais medidas devem ser energicamente reprimidas pelo Poder Judiciário à luz do princípio da boa-fé objetiva, podendo-se vislumbrar um amplo campo de aplicabilidade para as sanções processuais, em especial, multas e perdas das faculdades processuais.

Não só. É possível verificar a aplicabilidade do artigo 78 da Codificação de 2015, que veda a todos os participantes do processo o emprego de expressões ofensivas, determinando sejam estas riscadas dos autos em caso de manifestação escrita (§1º), ou, em caso de manifestação oral, sofram pronta advertência judicial, sob pena de cassação da palavra (§2º). Em ambos os casos, o juiz determinará a expedição de certidão com o inteiro teor das expressões que caracterizem o discurso de ódio, colocando o documento posteriormente à disposição da parte vulnerável.

Também ao sujeito vulnerável se impõe a observância da boa-fé processual, em especial no que toca à própria alegação da vulnerabilidade. Como assevera Fernanda Tartuce, é possível cogitar da aplicação de sanções processuais à parte que falsamente alega a condição de vulnerabilidade, sendo necessário, entretanto, averiguar a presença de determinados requisitos, tais como: i) prova de que o sujeito já sabia de antemão que se tratava de alegação falsa ou infundada; ii) prova que não haja divergência entre as interpretações dos fatos dadas pela parte vulnerável e o juiz; iii) prova que haja efetivo desvio de finalidade para configuração do abuso.<sup>478</sup>

Em acréscimo a estas ponderações, de se ressaltar a impossibilidade de aplicação *ex officio* das sanções processuais decorrentes da violação ao artigo 77, inciso I, do Código Processual de 2015 às partes que falsamente alegarem a condição de vulnerabilidade, o que feriria o princípio do contraditório na dimensão da vedação à decisão surpresa (art.10).

### **6.3.1.2 A cooperação como valorização da autonomia e garantia de informação**

O axioma da cooperação contido no artigo 6º determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Esta nova diretriz do processo propõe um modelo de organização processual

---

<sup>478</sup> TARTUCE, **Igualdade de vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 347.

que visa superar a velha dicotomia “público-privado”, assim como os paradigmas “dispositivo-inquisitivo”, renivelando a balança entre o publicismo e o privatismo processual.<sup>479</sup>

Ao magistrado, o processo cooperativo impõe um duplo papel: paridade no diálogo com as partes e assimetria na decisão.<sup>480</sup> Inaugura, ademais, uma série de deveres judiciais, como os de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção em relação a eventuais prejuízos processuais. Já em relação às partes, a diretriz cooperativa dirige a conduta processual rumo a um desenvolvimento colaborativo, coordenando os atos encadeados ao longo do procedimento à vista de um desfecho em tempo razoável.

Influi, por fim, na dimensão da adequação da tutela jurisdicional, na medida em que a coparticipação nas tomadas de decisões permite aos sujeitos processuais maior margem de maleabilidade em relação às adaptações procedimentais necessárias (arts. 190 e 191). Exemplo maior disso é a audiência para realização do saneamento compartilhado entre partes e juiz (art. 357, §3º), oportunidade em que a atividade solitária de organização do processo pelo julgador dá lugar à atividade concertada dos sujeitos processuais em torno de causas complexas, à luz da obtenção de melhores resultados.

No que toca à vulnerabilidade sociocultural, o princípio da cooperação parece deter aplicabilidade sob um duplo aspecto. De um lado, valoriza a autonomia da parte vulnerável, de modo a assegurar que esta também influa sobre os rumos do processo, em especial sobre o procedimento e sobre coparticipação nas decisões tomadas. De outro, assegura o direito à informação adequada acerca dos atos judiciais e etapas do procedimento.

Em relação a este último ponto, as regras 52 e 53 das 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade asseguram que os deveres de esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção devem atrair uma atenção especial por parte do magistrado quando a vulnerabilidade sociocultural expressar barreiras à atividade cognitiva, sensorial (ex: deficiência intelectual ou auditiva) ou qualquer espécie de obstáculo linguístico (ex: migrante e refugiados).

Neste prisma, elogiável ainda a previsão do artigo 162 do Código Processual de 2015, no sentido de garantir a nomeação de intérprete ou tradutor diante de partes e testemunhas

---

<sup>479</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, **Revista de Processo**, n. 198, ago/2011; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 151-155.

<sup>480</sup> “O juiz no processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo”. MITIDIERO, **Colaboração no Processo Civil...**, op. cit., p. 81.

que não conhecem o idioma nacional. A Codificação processual brasileira ainda assegura a eliminação de barreiras às partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Linguagem Brasileira de Sinais, assegurando a interpretação simultânea dos depoimentos das partes.

Não se pode olvidar que o direito ao intérprete, previsto no artigo 8.2, “a”, da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>481</sup> já foi reconhecido em duas oportunidades pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como direito humano fundamental e medida de facilitação ao acesso à justiça em favor de sujeitos vulneráveis. Neste sentido, conferir os casos *Fernández Ortega e outros*<sup>482</sup> e *Rosendo Cantú e outra*,<sup>483</sup> ambos versus México.

Acrescente-se que o inciso VI do artigo 98 assegura a gratuidade sobre custas decorrentes da remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado, o que evidencia uma confluência de ações afirmativas processuais redistributivas e inclusivas que podem ser utilizadas em casos de hipervulnerabilidade (ex: pobreza e deficiência intelectual; pobreza e nacionalidade estrangeira).

Doravante, o direito à informação adequada ainda se demonstra relevante quando os futuros atos do procedimento implicarem revitimização ou situação de risco à pessoa em condição de vulnerabilidade (ex: mulheres em situação de violência), casos em que a especificação pelo magistrado acerca da natureza do ato, do papel dos participantes e do tipo de apoio eventualmente destinado à pessoa se torna imprescindível para impedir que a sensação de insegurança corrobore para o não comparecimento da parte.

### ***6.3.1.3 Contraditório como garantia de participação-influência***

Por sua vez, o princípio do contraditório (arts. 9º e 10) ergue-se enquanto pressuposto de validade da atividade jurisdicional, núcleo rígido em torno do qual orbita a legitimidade da atuação do magistrado na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

---

<sup>481</sup> Art. 8.2, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal [...]”;

<sup>482</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fernández Ortega e outros vs. México**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C, n. 215.

<sup>483</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Rosendo Cantú e outra**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C, n. 216.

Como já sustentado em linhas passadas, a tutela jurisdicional volta-se não somente ao autor, mas também ao réu, concretizando, além da tutela do direito material prestada a quem tem razão, a tutela dos direitos processuais pertinentes à parte vencida, corolário do princípio do devido processo legal. O processo justo, nessa medida, pressupõe justiça também ao réu.

Nesta senda, superando a clássica noção da bilateralidade da audiência (binômio informação-reação), o Código Processual de 2015 inovou ao positivizar a dimensão substancial do princípio do contraditório, diretriz que dialoga com o paradigma cooperativo de processo e com o princípio da boa-fé objetiva. Para além dos direitos de comunicação dos atos processuais e de reação à demanda, garante-se às partes o binômio da participação-influência (art. 9º), assegurando que esta possa participar dos rumos decisórios e do desenvolvimento do processo, assim como influir sobre o conteúdo das decisões judiciais, tendo seus argumentos devidamente considerados. Assegura, ademais, um direito preventivo contra decisões surpresa (art. 10), o qual pressupõe que as partes não podem ser surpreendidas por decisão que contenha fundamento de fato ou de direito não submetido ao diálogo prévio, ainda que se trate de matéria sobre a qual cumpra ao juiz decidir de ofício.<sup>484</sup>

Em relação às pessoas em condição de vulnerabilidade sociocultural, extremamente importante que não se exclua a dialeticidade processual e o direito de influir sobre a construção dos provimentos jurisdicionais, sobretudo quando a causa envolver o reconhecimento de identidades (ex: demandas de modificação de prenome ou de redesignação sexual de pessoa transexual) ou restrições à capacidade jurídica (ex: demandas de fixação de curatela envolvendo pessoas com deficiência intelectual).

Ademais, sempre que a lei prever medidas protetivas de urgência a indivíduos vulneráveis em situação de risco ou violência (ex: crianças e adolescentes, idosos, mulheres etc.), indispensável que se oportunize chance de manifestação à parte vulnerável, seja previamente ou logo após à concessão da medida, evitando, com isso, que o discurso protetivo implique indesejado autoritarismo estatal travestido de “assistencialismo”.

É o caso, por exemplo, da diretriz repetida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na forma de garantia à “oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente” em atos e na definição de medidas de promoção e proteção de direitos, devendo

---

<sup>484</sup> Ao longo do corpo legislativo, diversas são as hipóteses de concretização destas dimensões do princípio do contraditório, tal qual se verifica em relação à nulidade da sentença proferida em detrimento do litisconsorte passivo necessário (art. 115), à possibilidade de alteração da base objetiva da demanda (art. 329, inc. II), à validade da prova emprestada (art. 372), à juntada posterior de documentos (art. 437, §1º), à decisão que reconhece a superveniência de fato novo (art. 493, par. ún.) ou a extensão dos limites objetivos da coisa julgada sobre questão prejudicial (art. 503, §1º, inc. II).

sua opinião ser “devidamente considerada pela autoridade judiciária competente” (art. 100, inc. XII).

Não se pode, ademais, esquecer o princípio da não fruição obrigatória da ação afirmativa, segundo o qual os sujeitos vulneráveis não estão obrigados a desfrutar de ações afirmativas processuais, seja por exercerem sua autonomia em contraste às proteções atribuídas pelo terceiro julgador, seja por não compartilharem, naquele caso concreto, de sua necessidade momentânea. Cite-se, a este respeito, o substancial artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei Brasileira de Inclusão.

Consoante se verifica, a concretização do direito fundamental à adequação da tutela jurisdicional prestada a pessoas em situação de vulnerabilidade encontra ampla correspondência normativa nas regras fundamentais inseridas no Capítulo I da Parte Geral do Código Processual de 2015.

### **6.3.2 Métodos consensuais de resolução de conflitos**

Consoante reza o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º do Código Processual de 2015, “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, devendo a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

As previsões antes descritas consumam verdadeiro mandamento de consensualidade dirigido ao Estado-Juiz,<sup>485</sup> no sentido de priorizar e concretizar uma política pública consensual de tratamento dos conflitos civis. Com a nova legislação processual, diversos instrumentos jurídicos foram positivados com o intuito de fortalecer este compromisso republicano, podendo-se citar a inclusão de conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça (Título IV, Capítulo III, Seção V), a previsão dos princípios informadores da metodologia consensual (art. 166, caput), o incentivo à consensualidade na resolução de disputas envolvendo a Administração Pública (art. 174), além da valorização das etapas

---

<sup>485</sup> "A norma é promocional. O Estado deverá promover o uso dos ADR e os profissionais da área jurídica deverão estimular o seu uso. Isso inclui um esforço de capacitação de pessoal, criação de estrutura física, esclarecimento da população e treinamento dos servidores e dos profissionais do meio jurídico em geral". CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada - Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 386.



consensuais no procedimento comum (art. 319, inc. VII) e nos procedimentos especiais (arts. 694 a 697).

Todas estas disposições indicam que o Estado brasileiro estabeleceu um programa de ação governamental<sup>486</sup> apontando o modo pelo qual entende adequado trabalhar os conflitos civis. Assim, ao encampar um modelo de justiça multiportas, ou seja, que proporcione métodos plurais de tratamento de disputas, o Poder Judiciário deixa claro ao cidadão detentor do irrenunciável – porém condicionado<sup>487</sup> – direito de acesso à justiça que não há homogeneidade nos conflitos sociais, inaugurando, assim, uma nova fase da jurisdição,<sup>488</sup> reorientada por uma mudança de mentalidade<sup>489</sup> na busca pelo consenso e na facilitação dos métodos resolutivos.

Todas estas transformações operadas pela Codificação de 2015 caminham, *pari passu*, com a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional, sendo possível verificar que o modelo de justiça consensual valoriza a efetividade (alcance do melhor resultado mediante o menor dispêndio de recurso possível), tendendo a superar a crise de capacidade institucional do Poder Judiciário de fazer frente a todos os conflitos civis.

Da mesma forma, a pluralização de métodos de tratamento de disputas inaugura uma proposta de superação do modelo adjudicativo, bipolarizado, retrospectivo e adversarial até então encampado pelas Codificações anteriores,<sup>490</sup> metodologia que outrora favoreceu a difusão da chamada cultura da sentença.<sup>491</sup>

No que atina a indivíduos vulneráveis, faz-se necessário promover uma reflexão em torno da aplicação adequada desta metodologia consensual.

<sup>486</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>487</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 226-237.

<sup>488</sup> GRINOVER, **Revisitando a teoria geral do processo...** op. cit., p. 29.

<sup>489</sup> WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; NETO, Caetano Lagrasta; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo - revolução na prestação jurisdicional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06-10.

<sup>490</sup> Como lembra Mancuso: “a decantada *decisão judicial de mérito*, que poderá advir (não necessariamente) num indefinido ponto futuro no bojo de um processo contencioso, está gradualmente perdendo terreno, especialmente por não se mostrar adaptada às prementes e novas necessidades emergentes ao interno de uma sociedade de risco, massificada e globalizada, marcada pela velocidade dos acontecimentos e pela pressão de novos interesses de largo espectro sócio-político-econômico, tudo clamando por um *modo renovado* de resolução dos conflitos: de perfil consensual, menos impactante, mais célere, desburocratizado, e tendencialmente duradouro, porquanto a composição vem alcançada mediante a participação dos interessados (e não com a exclusão deles), não sendo, pois, imposta coercitivamente”. MANCUSO, **A resolução dos conflitos...**, op. cit., p. 24.

<sup>491</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE, Maurício e Morais (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

### 6.3.2.1 Viabilidade da resolução consensual de conflitos envolvendo sujeitos vulneráveis

*Ab initio*, necessário compreender que a fragilidade social ostentada por sujeitos vulneráveis não necessariamente impede que seus conflitos sejam solucionados pela via consensual. Tal modo de pensar acaba, *mutatis mutandis*, impondo a lógica adjudicatória como único caminho possível a sujeitos historicamente discriminados, o que não se afigura correto ou legítimo à luz do princípio constitucional da isonomia.

Como asseveram Brunela Vieira de Vincenzi e Ariadi Sandrini Rezende a mediação mostra-se como a “forma de resolução de conflitos que menos agride o processo de reconhecimento do indivíduo, pois ela busca o melhor resultado para as duas partes”.<sup>492</sup> Nesta ótica, os processos consensuais tendem a favorecer o reconhecimento da diferença ao introduzir a necessidade de que os agentes conflituosos ouçam uns aos outros, em exercício de empatia.<sup>493</sup> Como afirmam as autoras, os conflitos que permeiam pluralidades de percepções, sentimentos, crenças e interesses, exigem um trabalho comunicativo e uma relação dialética entre autoafirmação e reconhecimento,<sup>494</sup> o que usualmente não é alcançado pelo processo judicial.

Não por outro motivo, as 100 Regras de Brasília privilegiam a difusão, a utilização e a adequação dos métodos consensuais de resolução de conflitos envolvendo indivíduos vulneráveis (regras 43 a 46), indicando expressamente a preferência por estes mecanismos quando a composição envolver disputas no interior de comunidades indígenas (regras 48 e 49). De fato, partindo-se dos conceitos de autodeterminação e soberania histórica, a resolução de conflitos envolvendo povos tradicionais deve evitar decisões de cunho etnocêntrico, resgatando-se o papel ativo das lideranças indígenas na resolução de seus próprios conflitos.<sup>495</sup>

<sup>492</sup> VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multipostas**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 530.

<sup>493</sup> VINCENZI; REZENDE. **A mediação como forma de reconhecimento...**, op. cit., p. 531.

<sup>494</sup> “a mediação seria o meio pelo qual os indivíduos ponderariam sobre o conflito e em uma relação dialética entre autoafirmação e reconhecimento. Pelo agir comunicativo, o comportamento pode evoluir, circular e dialeticamente, entre a apropriação (autodeterminação) e a empatia (reconhecimento), fazendo com que não haja um vencedor no conflito e sim colaboradores que chegam a um consenso do que atende a ambos. Logo, possuímos um conflito solucionado e as partes envolvidas possuindo o reconhecimento e a estima que necessitam para não corromperem o processo de formação de suas personalidades”. *Ibid.*, p. 538.

<sup>495</sup> Por se tratarem de conflitos intersubjetivos que mantém relações continuadas (senso de comunidade das populações tradicionais), a construção conjunta da solução tende a criar uma ambiência favorável a retomada dos laços pessoais e comunicativos na própria comunidade. O mesmo raciocínio, com algumas ponderações, pode ser aplicado a populações quilombolas. Doravante, para uma análise de casos latino-americanos, conferir: FAUNDEZ, Julio. *Non state Justice Systems in Latin America*. *In*: **Case Studies: Peru and Colombia**, University of Warwick, 2003. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTJUSFORPOOR/Resources/NonStateJusticeSystemsinLatinAmerica.pdf>. Acesso em: 30/10/2018.

É preciso, ademais, diferenciar indisponibilidade e inegociabilidade de direitos, eis que a disposição da posição jurídica subjetiva de um direito por um indivíduo vulnerável não necessariamente implica a restrição a este mesmo direito. Na linha do que expõe Elton Venturi, a indisponibilidade não implica presunção de inegociabilidade porque: i) a transação não importa necessariamente renúncia ou alienação de direitos; ii) a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos; iii) não parece razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis em nome de abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos.<sup>496</sup>

Referida negociabilidade também alcança o plano do Direito Processual, afinal, como examina Antonio do Passo Cabral, “a indisponibilidade do direito material, por si só, não leva à indisponibilidade sobre o processo”.<sup>497</sup>

Com os métodos consensuais, portanto, novos caminhos se abrem à pacificação e ao fortalecimento da autonomia pessoal de indivíduos vulneráveis, rumos estes que podem contribuir pragmaticamente com a projeção de melhores resultados na prestação de uma tutela adequada às vulnerabilidades socioculturais.

### **6.3.2.2 Adequação do procedimento consensual**

Não se deve, porém, olvidar que as barreiras enfrentadas por indivíduos e grupos vulneráveis frente à metodologia consensual atualmente praticada nos Centros Judiciários recomenda uma urgente adaptação das técnicas e procedimentos utilizados, evitando-se que a ânsia pela diminuição de feitos judiciais implique a adoção de acordos inexecutáveis ou mesmo o agravamento de vulnerabilidades individuais. Se é urgente pacificar por outros meios, não se pode admitir seja ela promovida a qualquer custo.

---

<sup>496</sup> E prossegue o autor: “a identificação dos direitos fundamentais como disponíveis *prima facie*, apesar de evidentemente controversa, revela-se libertadora, lógica e eficiente para fundamentar a relativização de um exacerbado e persistente paternalismo, perceptível no sistema de justiça brasileiro, que em muitos casos escraviza bem mais do que liberta, retrocede bem mais do que avança a verdadeira proteção dos direitos fundamentais”. VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 405-427.

<sup>497</sup> Neste sentido, confira-se ainda o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual”. Cf. CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 342.

Sobre o tema, clássica é a crítica de Owen Fiss dirigida ao movimento em prol da consensualização, o qual, segundo o autor, se apoia em uma igualdade inexistente, conduzindo muitas vezes a situações de desvantagens no processo de negociação e a renúncia à integralidade de direitos em razão de necessidades inadiáveis.<sup>498</sup> Perfilhando o mesmo caminho, recorda Dierle Nunes que o movimento pró-conciliação não deve se basear em uma lógica neoliberal de produtividade judiciária, em que prevalecem “acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos ‘resolvidos’ ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora”.<sup>499</sup>

Com vistas à prevenir estes indesejados efeitos, as 100 Regras de Brasília destacam que os métodos consensuais somente devem ser aplicados em favor de sujeitos vulneráveis quando apropriados ao conflito *sub judice* (regra 43),<sup>500</sup> garantindo aos sujeitos vulneráveis: i) informação prévia; ii) consideração das circunstâncias particulares das pessoas afetadas; iii) capacitação específica de mediadores, conciliadores e árbitros (regra 44). Acrescente-se a necessidade de apuração da liberdade de manifestação da vontade de seus titulares e a adequação do procedimento negocial à condição da parte.<sup>501</sup>

Deve-se, ademais, cumprir à risca os ditames da Lei nº 13.140/2015 (Lei Geral sobre Mediação e Meios Alternativos de Solução de Controvérsias), em especial os princípios gerais da metodologia consensual, a saber: a) autonomia da vontade das partes, que implica atendimento à voluntariedade na participação do processo consensual (art. 2º, §2º), manifestando-se tanto na escolha do facilitador, quanto na construção das regras procedimentais; b) decisão informada, que visa informar às partes a respeito de aspectos técnicos e fáticos que influenciem o processo consensual desenvolvido; c) confidencialidade, que alcança a todos os sujeitos do processo consensual (partes e facilitador), espraiando sigilo sobre “as informações produzidas no curso do procedimento” (art. 166, §1º); d) isonomia, a fim de evitar o desequilíbrio entre as partes; e) boa-fé, especialmente no que toca aos deveres anexos

<sup>498</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 125.

<sup>499</sup> NUNES, **Processo jurisdicional democrático...**, op. cit., p. 173-174.

<sup>500</sup> A mesma preocupação é expressada por Eduardo Oteiza: “*los MARC y la justicia requieren análisis conjuntos. La justicia no puede dar respuesta a todos los conflictos limitaciones propias, ya que es inadecuada para restaurar determinadas situaciones. Los MARC son simplemente una alternativa al derecho humano esencial de acceder a la justicia y contar con el debido proceso legal. La justicia y los MARC tienen dimensiones complementarias y deben ser empleados para beneficio de la gente como opciones posibles para paliar situaciones diversas. Ambos responden a idiosincrasias particulares de cada sociedad*”. OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano*. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 727-749.

<sup>501</sup> VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?...**, op. cit., P. 416.

de cooperação, informação e lealdade entre partes e facilitador; f) além da busca do consenso, diretriz associada ao reconhecimento e à validação da técnica consensual.

Faz sentido, igualmente, investir no dever de empoderamento prévio da parte vulnerável, postulado definido pelo Código de Ética dos Mediadores e dos Conciliadores como “dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição” (art. 1º, inc. VII). Com efeito, o desnível de informação pode servir inclusive à declaração de invalidade do acordo, principalmente se firmado diante de parte vulnerável.<sup>502</sup>

De se ressaltar, ainda, no caso de populações indígenas, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem desenvolvido alguns parâmetros de validade para a resolução consensual de conflitos, tais como a prestação de informação de fácil acesso e compreensão ao longo de todo o processo de negociação, assim como a intervenção de interlocutores legítimos para facilitação das tratativas. Nestes casos, o procedimento de negociação deve ser “culturalmente situado”, relacionando-se aos costumes e tradições de cada povo.<sup>503</sup>

À luz dos princípios da acomodação razoável, da proteção integral e do *favor vulnerabilis*, advoga-se que a utilização da metodologia consensual não pode se desenvolver à revelia da adequação do procedimento consensual.

### 6.3.3 Competência

#### 6.3.3.1 A especialização da competência

Em razão da especificidade dos conflitos envolvendo pessoas em condição de vulnerabilidade, é comum que legislações protetivas determinem ou possibilitem a criação de varas ou juízos exclusivamente competentes ao conhecimento de demandas envolvendo indivíduos vulneráveis. Trata-se de hipótese de adequação legislativa que calibra o instituto da competência à luz das necessidades pessoais dos cidadãos, típica manifestação da tutela jurisdicional prestada à pessoa.

---

<sup>502</sup> Como ensina Fernanda Tartuce: “[...] os princípios da autonomia da vontade e da decisão informada são essenciais para que não haja comprometimento do proveito da mediação para os interessados, que precisam ser contemplados ao máximo em sua liberdade para que se engajem a obter resultados úteis. Violar tais diretrizes tende a ser fatal em termos de credibilidade e mesmo utilidade da autocomposição”. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 196.

<sup>503</sup> CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 322.

A medida é salutar, afinal amplia o acesso à justiça *in favor vulnerabilis*, criando uma referência protetiva para segmentos historicamente discriminados perante o Poder Judiciário. Permite, ademais, um olhar particularizado por parte das instituições de justiça acerca dos conflitos culturais presentes na realidade brasileira.

O ordenamento jurídico nacional possui dois bons exemplos de varas especializadas: os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher previstos na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e as Varas da Infância e da Juventude previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Embora haja previsão permissiva à criação de Varas de Idosos no Estatuto do Idoso (art. 70), estas jamais foram criadas.

No que toca aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, importante esclarecer que a análise dos artigos 13 e 14 da Lei Maria da Penha atribuem expressa competência cível às varas especializadas em favor da mulher em situação de violência, sobretudo para o processo, julgamento e execução de demandas correlacionadas à violência doméstica ou familiar.

Importante verificar que os artigos que regulamentam a competência na Lei Maria da Penha não fazem distinção entre demandas urgentes ou não urgentes. A melhor exegese, portanto, é aquela que vincula o conhecimento de demandas cíveis pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar sempre que a causa de pedir estiver fundada em situação de violência doméstica ou familiar (ex: reparação por danos morais e materiais decorrentes de ato violento; rompimento dos laços conjugais em favor de agressão anterior etc.).<sup>504</sup> Este é, aliás, o posicionamento jurisprudencial atual do Superior Tribunal de Justiça.<sup>505</sup>

Equivocado, portanto, o Enunciado nº 03 do Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID),<sup>506</sup> o qual propõe uma hermenêutica

<sup>504</sup> Sobre o tema, lapidar a lição de Maria Berenice Dias: “A competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é para o processo, o julgamento e a execução não só das medidas protetivas, mas também das ações criminais. Igualmente as ações cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica serão julgadas nos JVDfMs. [...] Para que as demandas cíveis sejam apreciadas nos JVDfMs, basta que a causa de pedir seja a prática de ato que configure violência doméstica. Não é necessário que tenha havido registro de ocorrência, pedido de medidas protetivas, desencadeamento de inquérito policial ou instauração da ação penal para garantir a competência destes juizados especializados”. DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184-185.

<sup>505</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.550.166-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/11/2017; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 294952-SC**. Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/04/2015; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1475006-MT**. Rel. Min. MOURA RIBEIRO, j. 14/10/2014.

<sup>506</sup> Enunciado nº 03, Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID): “a competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente”. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 19/12/2018.

restritiva à competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, vinculando-a unicamente às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Para além da intensa mobilização dos movimentos sociais pela criação da Lei Maria da Penha, a ideia de um juizado híbrido, voltado à guarida da mulher em situação de violência,<sup>507</sup> homenageia o princípio da proteção integral da mulher vulnerável, objetivando (i) facilitar o acesso à justiça; (ii) evitar a contrariedade de decisões sobre a mesma questão de fato e de direito; (iii) diminuir a potencialidade da revitimização e o agravamento da chamada rota crítica imposta às mulheres em situação de violência.<sup>508</sup>

De outra banda, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um amplo rol de demandas e procedimentos afetos à competência cível das Varas da Infância e Juventude, alinhando-se, nesse sentido, às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing).

Como recordam Luciano Rossato, Paulo Lépure e Rogério Sanches Cunha, este documento internacional assegura a especialização da competência como uma garantia a crianças e adolescentes em face dos Estados signatários, pautando-se na especialidade e no bem-estar do jovem e na ideia de Justiça da Infância e da Juventude como “parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país, devendo ser administrada de maneira a contribuir para a manutenção da paz e da ordem na sociedade”.<sup>509</sup>

Afinado neste diapasão, os incisos III, V e VII do artigo 148 do Estatuto asseguram a competência exclusiva da Justiça da Infância e da Juventude para o conhecimento de pedidos de adoção e seus incidentes, ações de fiscalização de irregularidades em entidades de atendimento e demais casos cíveis encaminhados pelo Conselho Tutelar à Vara especializada. Merece realce também a competência para conhecer de ações civis públicas fundadas em

---

<sup>507</sup> Como ensina Alice Bianchini: “Anteriormente à criação dos Juizados, a mulher, que já se encontrava em condição de especial vulnerabilidade, precisava buscar seus direitos e proteger-se da violência em diversos órgãos do Poder Judiciário, o que lhe dificultava, sobremaneira, o acesso à justiça (por conta da demora, dos custos, de eventuais decisões contraditórias elaboradas pelos diversos juízes envolvidos nas causas cíveis e criminais). Movimentos de mulheres perceberam os problemas concretos enfrentados por aquelas que se viam obrigadas a percorrer juízos e esferas burocráticas diversas (com a fragmentação da prestação jurisdicional), no intento de resolver problemas decorrentes de um único fator desencadeante: a violência doméstica e familiar. A partir de tal percepção, foi apresentada a sugestão de criação de tais Juizados”. BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

<sup>508</sup> A rota crítica pode ser conceituada como o caminho percorrido pela mulher para romper com a violência, incluindo a sequência de decisões tomadas e ações executadas durante esse processo. SHRADER, Elizabeth ; SAGOT, Montserrat. **Domestic Violence: Women’s Way Out**. Washington: Pan American Health Organization, 2000. Disponível em: [http://www1.paho.org/english/hdp/hdw/womens\\_wayout.pdf](http://www1.paho.org/english/hdp/hdw/womens_wayout.pdf). Acesso em 10/11/2018.

<sup>509</sup> ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente – comentado artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, instituídos pelo inciso IV do artigo 148 e pelo artigo 208.

De outro lado, o parágrafo único do artigo 148 determina a competência concorrente da Justiça da Infância e da Juventude para conhecimento de demandas familiares envolvendo crianças ou adolescentes em situação de risco – leia-se: com seus direitos ameaçados ou violados – por ação ou omissão da sociedade, do Estado, dos pais ou responsável ou em razão da própria conduta da criança ou do adolescente (art. 98). Será competente, portanto, para conhecer de pedidos de guarda e tutela, alimentos, ações de destituição, perda ou modificação do poder familiar, suprimento da capacidade, consentimento para o casamento ou emancipação, além da retificação do registro de nascimento. Por se tratar de *lex specialis*, esta prevalece em relação à competência comum instituída para as Varas de Família, desde que obviamente presente a situação de risco.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, ademais, em termos de competência territorial, o domicílio dos pais ou responsável para as demandas cíveis mencionadas no artigo 148, admitindo, subsidiariamente, que a demanda seja aforada no lugar onde se encontre a criança ou o adolescente à falta dos pais ou responsáveis, excepcionando a competência estabelecida pelo artigo 53 do Código Processual de 2015.

Para além da instituição de juízos específicos, pertinente o apontamento das hipóteses de definição especializada da competência territorial, as quais também revelam ações afirmativas processuais insculpidas em favor de indivíduos vulneráveis.

Assim, no âmbito da proteção ao idoso, o artigo 53, inciso II, do Código Processual de 2015 estabelece hipótese de foro especial, tratando-se do lugar da residência do idoso para demandas que versem sobre direitos individuais previstos na Lei nº 10.741/2003. A regra se alinha à previsão do Estatuto, o qual prevê, enquanto competência territorial específica, o foro do domicílio do idoso como o local apropriado para o ajuizamento de demandas coletivas (art. 80), sendo esta última, porém, de competência absoluta.<sup>510</sup>

A seu turno, o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 estabelece a competência material da Justiça Federal às disputas envolvendo direitos indígenas, alinhando-se, nesse sentido, ao interesse da União em relação à proteção estabelecida pelo artigo 231. Importante verificar, entretanto, que a competência federal indicada somente terá lugar quando a matéria exposta enquanto causa de pedir envolver a própria organização social indígena, isto é, seus costumes, línguas, crenças, tradições, direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas

---

<sup>510</sup> DIDIER JR., *Curso de direito processual civil. Vol. 1...*, op. cit., p. 266; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 246.



ou quaisquer outras situações que revelem pertencimento comunitário e cultural às tradições destas populações.<sup>511</sup> Tal entendimento encontra-se sumulado pelo verbete nº 140 no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.<sup>512</sup> A Justiça Federal deixa, portanto, de ser competente quando o conflito não envolver ameaça ou lesão a direitos indígenas coletivamente considerados, que passam a atrair, por sua vez, a competência da Justiça Estadual.<sup>513</sup>

Por fim, nas trilhas da especialização de competência em favor de indivíduos vulneráveis, embora o grupo não seja objeto da análise desta dissertação, não se pode furta o destaque à previsão contida no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, a qual determina a competência da Justiça Trabalhista para processar e julgar as causas oriundas das relações de trabalho, hipótese nitidamente instituída em favor da classe vulnerável trabalhadora.

### **6.3.3.2 O “forum shopping” (escolha do foro mais favorável) e a flexibilização das regras de modificação da competência territorial**

O artigo 15 da Lei Maria da Penha estabelece que a competência territorial para os processos cíveis envolvendo mulher em situação de violência doméstica ou familiar se determina por opção da ofendida, cumprindo-lhe escolher entre o local do seu domicílio ou residência, o lugar do fato em que se baseou a demanda ou o domicílio do próprio agressor.

---

<sup>511</sup> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO ENTRE ÍNDIOS. SÚMULA 140/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DISPUTA RELACIONADA À LIDERANÇA E OCUPAÇÃO DA ALDEIA WAHURI, DO POVO JAVAÉ, NA ILHA DO BANANAL. INTERESSE DE TODA A COMUNIDADE INDÍGENA. ART. 109, XI, E ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Em regra, a competência para processar e julgar crime que envolva índio, na condição de réu ou vítima, é da Justiça Estadual, conforme preceitua o enunciado nº 140 da Súmula desta Corte, segundo o qual: "Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima." 2. Todavia, a competência será da Justiça Federal toda vez que a questão versar acerca de disputa sobre direitos indígenas, incluindo as matérias referentes à organização social dos índios, seus costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme dispõem os arts. 109, XI, e 231, ambos da Constituição da República de 1988. 3. Na hipótese, verifica-se que os fatos narrados no termo circunstanciado, os quais, em tese, caracterizam crimes de calúnia e difamação, tiveram como causa a situação de conflito na comunidade indígena do Povo Javaé, notadamente a disputa pela posição de cacique da Aldeia Wahuri, na Ilha do Bananal, atingindo os interesses coletivos de toda a comunidade indígena, situação que afasta a incidência da Súmula 140/STJ e atrai a competência da Justiça Federal. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal de Gurupi - SJ/TO, o suscitante. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 123.016-TO**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.06.2013.

<sup>512</sup> Súmula 140, STJ: “Compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 140**. TERCEIRA SEÇÃO, j. 18/05/1995.

<sup>513</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 101.569-PR**. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25.08.2010; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 149.964-MS**. Rel. Min. Felix Fisher, j. 22.03.2017.

Como lembra Fredie Didier Jr., trata-se de hipótese de competência relativa, disponível sob a liberalidade da demandante, que incide sobre foros concorrentes.<sup>514</sup> O intuito da legislação foi facilitar o acesso à justiça de mulheres em situação de violência doméstica, flexibilizando a regra geral instituída no Código Processual de 2015, que impõe sejam as demandas ajuizadas no foro do domicílio do réu.<sup>515</sup>

Técnica bastante decantada no âmbito do Direito Internacional envolvendo competência estrangeiras concorrentes,<sup>516</sup> a escolha do foro mais favorável evidencia a necessidade de se facilitar o direito fundamental de acesso à justiça envolvendo sujeitos vulneráveis. No caso de mulheres em situação de violência, o tratamento afirmativo se justifica pela situação de fragilidade em que se encontram as vítimas de violência doméstica, bastando, para que incida a hipótese legal de *forum shopping*, que a demandante afirme a ocorrência de ato ilícito praticado pelo demandado, ainda que à margem de qualquer dano suportado.<sup>517</sup>

Fernanda Tartuce chama ainda a atenção para precedentes do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem “a possibilidade de que a parte mais frágil litigue em seu domicílio mesmo em hipótese não versada em norma específica”.<sup>518</sup> Conforme explica a autora, no modelo cooperativo de processo essa espécie de atuação judicial revela a aplicação do dever de auxílio ao sujeito vulnerável, evitando que “óbices na tramitação do processo em local inviável ou motivador de grande dificuldade ao litigante inviabilizem o acesso à proteção judiciária”.<sup>519</sup>

Entende-se que o precedente judicial antes citado se ajusta precisamente às demais hipóteses de vulnerabilidade sociocultural que enfrentam situação análoga. Tal hermenêutica se extrai da aplicação dos princípios *pro persona* e *in favor vulnerabilis*.

De se recobrar, ademais, que entendimento majoritário acena para a natureza absoluta das regras que especializam a competência em favor de indivíduos e grupos vulneráveis (*ratione personae*),<sup>520</sup> admitindo, portanto, o conhecimento *ex officio* e a remessa

<sup>514</sup> DIDIER JR., **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 265.

<sup>515</sup> Importante apreender que o direito de escolha se dá unicamente em relação às demandas cíveis e não no tocante à apuração de fatos delituosos, que devem seguir as regras de competência do Código de Processo Penal.

<sup>516</sup> CAMARGO, Solano de. **Forum shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>517</sup> “O autor, diante dessas opções, exercita aquilo que se convencionou de *forum shopping*: a escolha do foro pelo demandante. Escolher o foro dentre aqueles em tese competentes é direito potestativo do autor. Há várias razões para a escolha, mas a principal parece ser a existência de diferença nas regras de direito material ou processual entre os diversos foros, fato muito frequente nos casos de competência internacional e em federações como a estadunidense, em que a competência legislativa do Estado-membro é bem extensa”. DIDIER JR., **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 246.

<sup>518</sup> A referência é feita em relação ao Recurso Especial nº 986.633, de Relatoria do Ministro José Delgado, julgado em 08/04/2008. TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo...**, op. cit., p. 287-288.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>520</sup> DIAS, **A Lei Maria da Penha na Justiça...**, op. cit., p. 135.

para o órgão jurisdicional competente (art. 64, § 3º), dada a inadmissibilidade de prorrogação desta forma de competência.

Anote-se, porém, corrente doutrinária em ascensão que sustenta a relatividade da competência territorial estabelecida em favor do idoso no artigo 53, inciso III, “e”, do Código Processual de 2015,<sup>521</sup> admitindo, portanto, prorrogação e aplicação preferencial de regra estabelecida da competência territorial (ex: art. 47, CPC/2015).

Muito embora referido posicionamento contenha certa dose de razão, é preciso analisá-lo *cum grano salis*, afinal, corre-se o risco de a modificação ou prorrogação da competência operar-se em prejuízo do sujeito vulnerável, o que contraria toda a *ratio* protetiva antes sugerida.

A solução do impasse passa, ao ver deste autor, pela consideração prévia dos efeitos que eventual modificação da competência territorial surtirá em relação ao indivíduo vulnerável, restringindo a aplicabilidade às hipóteses de efetivo favorecimento das pessoas em condição de vulnerabilidade (*in favor vulnerabilis*). Trata-se de posicionamento que coloca em realce a finalidade protetiva da escolha do foro territorial mais favorável ao demandante vulnerável, à luz de uma concepção humanista da tutela jurisdicional.

A corroborar este entendimento, cite-se precedente do Superior Tribunal de Justiça que admite a sobreposição da competência estabelecida no artigo 147, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação aos efeitos da *perpetuatio jurisdictionis* descritos no artigo 43 do Código Processual de 2015. Legitima-se, assim, a modificação do foro de tramitação processual diante da mudança de domicílio da criança ou seus responsáveis, mesmo após interposta contestação pela parte ré.<sup>522</sup>

Em síntese, salvo quando o sujeito vulnerável livremente dispuser da regra estabelecida em seu benefício, oportunidade em que a discriminação positiva seria dispensável face ao princípio da não fruição obrigatória da ação afirmativa, o ideal é que as hipóteses de flexibilização das regras de modificação ou prorrogação da competência territorial obedecessem a escolha do foro competente mais favorável à parte fragilizada.

---

<sup>521</sup> DIDIER JR., **Curso de direito processual civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 266; NEVES. **Manual de direito processual civil...**, op. cit., p. 246.

<sup>522</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 111.130/SC**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.09.2010.

### 6.3.4 Representação processual e assistência jurídica

#### 6.3.4.1 A dispensa da capacidade postulatória à parte vulnerável

Para repercutir eficazmente no plano jurídico, os atos jurídicos processuais dependem da concorrência de determinados requisitos, sem os quais seriam inválidas as declarações de vontade manifestadas pelos sujeitos ao longo do arco procedimental. Daí porque Cândido Rangel Dinamarco afirma a existência de uma “tríplice exigência da lei processual”, a saber: i) capacidade de ser parte (personalidade jurídica); ii) capacidade de estar em juízo (capacidade de exercício de direitos); iii) capacidade postulatória (habilitação para realizar os atos de postulação processual).<sup>523</sup>

Especificamente em relação à capacidade postulatória, trata-se de pressuposto processual de validade do processo, que impõe sejam os atos processuais praticados por profissional formalmente habilitado (inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil ou capacidade postulatória decorrente de lei). Ante a irregularidade da representação processual, nos termos do artigo 76, deve o juiz suspender o processo, designando prazo razoável para que a parte supra o vício, sob pena de extinção caso a providência cumpra ao autor ou revele caso a providência cumpra ao réu. Trata-se de materialização concreta do princípio da primazia da resolução do mérito (art. 4º).

Ocorre que, por diversas razões, é comum que esse requisito de validade seja excepcionado, garantindo-se às partes verdadeira dispensa da capacidade postulatória para postular em juízo. Tal ocorre, *verbi gratia*, em relação ao alimentado nas demandas de alimentos (art. 2º, Lei nº 5.478/1968), ao interessado nas causas que não excedam o valor de até vinte salários mínimos nos Juizados Especiais Cíveis (art. 9º, Lei nº 9.099/1995), ao impetrante no *habeas corpus*, ao trabalhador na Justiça do Trabalho, além dos legitimados universais em ações de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>524</sup>

Não cuida, portanto, a dispensa da capacidade postulatória de novidade em nossa sistemática processual. O escopo é facilitar o acesso à justiça, finalidade que se adequa à tutela jurídica de indivíduos vulneráveis e atende à dimensão substancial do princípio *pro persona*.

Algumas legislações protetivas, aliás, estabelecem a dispensa de advogado para atos postulatórios de sujeitos vulneráveis, como é o caso dos pedidos de medidas protetivas de

---

<sup>523</sup> DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II...*, op. cit., p. 333.

<sup>524</sup> CABRAL, *Convenções processuais...*, op. cit., p. 316.

urgência realizados por mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, consoante artigos 12, §1º, 19 e 27 da Lei Maria da Penha.<sup>525</sup>

Igual previsão é garantida às pessoas com deficiência pelo artigo 87 da Lei Brasileira de Inclusão, que assegura, em casos de relevância e urgência e com o intuito de proteger os interesses da pessoa em situação de curatela que o juiz nomeie curador provisório a requerimento do interessado.<sup>526</sup>

Também nos procedimentos envolvendo adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, estabelece o artigo 49, inciso IV, da Lei nº 12.594/2012 que todo adolescente tem o direito de “peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias”.<sup>527</sup>

Não se pode, ademais, olvidar que a Constituição Federal de 1988 previu expressamente no artigo 232 a legitimidade processual dos índios, suas comunidades e organizações “para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, pressupondo aí sua autonomia em relação à capacidade postulatória. O dispositivo repete autorização anteriormente prevista no artigo 37 do Estatuto do Índio.

Interessante observar, em relação à legitimidade processual para ajuizamento de ações coletivas das populações indígenas, que o Superior Tribunal de Justiça restringiu a amplitude da representatividade das lideranças indígenas, negando-lhes legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo. O entendimento se baseou na limitação imposta pelo artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988, a qual restringe a alguns entes legitimados à impetração do *mandamus* coletivo.<sup>528</sup> Tal exegese não envolve, porém, como o próprio aresto esclarece, a legitimidade de lideranças indígenas para ajuizamento de outras ações coletivas (ex: ação popular).

<sup>525</sup> “trata-se de um requerimento informal, formulado sem os rigores da petição inicial de uma ação cautelar, prescindindo-se inclusive da necessidade de advogado, já que a vítima tem capacidade postulatória”. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha – o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 174. “Vale dizer, dada à urgência da situação, a exigir, como tal, a adoção de medidas imediatas de proteção à vítima, pode ela mesma se dirigir à presença do magistrado, postulando por seus direitos”. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125.

<sup>526</sup> Art. 87, Lei nº 13.146/2015: “Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil”.

<sup>527</sup> Art. 49, Lei nº 12.594/2012: “São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei: [...] IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias”.

<sup>528</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mandado de Segurança nº 13.248-DF**. Rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008.

Frente a todos estes dispositivos, oportuno verificar que outros indivíduos vulneráveis podem carecer da capacidade postulatória para o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, razão pela qual também a estes deve ser estendido o *favor legis* mediante aplicação analógica da dispensa do requisito legal, ainda que à margem de previsão expressa.

A propósito, a flexibilização deste pressuposto processual vai ao encontro do mandamento de adequação procedimental instituído pelas 100 Regras de Brasília (regra 33), no sentido de facilitação do acesso à justiça e adaptação dos requisitos de legitimidade processual (regra 34). Cite-se ainda interessante previsão da regra 36, correspondente à utilização de formulários simplificados (“de fácil manejo”) para veiculação de pretensões recorrentes de indivíduos e grupos vulneráveis (regra 36).

#### **6.3.4.2 A Defensoria Pública como garantia de integralidade e gratuidade da assistência jurídica**

A fim de instrumentalizar a garantia fundamental de acesso à justiça insculpida no artigo 5<sup>a</sup>, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o Poder Constituinte optou pelo modelo público de assistência jurídica (*salaried staff model*), prescindindo do modelo *pro bono* e do sistema *judicare*.<sup>529</sup> Conferiu, assim, à Defensoria Pública, a missão republicana de prestar assistência jurídica de forma integral e gratuita aos necessitados, garantindo-se à instituição, na forma do artigo 134, autonomia funcional, administrativa e financeira.

A seu turno, a Emenda Constitucional nº 80 de 2014 consolidou um perfil oxigenado de Defensoria Pública para o desempenho de referida tarefa, atribuindo-lhe a feição de função essencial à Justiça, instituição permanente e expressão e instrumento do regime democrático. Redefiniu, ademais, os objetivos cardeais da instituição, cumprindo-lhe assegurar: a) a orientação jurídica; b) a promoção dos direitos humanos; c) a realização extrajudicial de conflitos; d) a defesa judicial de direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Todos esses objetivos republicanos são, por sua vez, complementados pela Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC nº 80/1994), que expressamente estabelece no

<sup>529</sup> Como lembram Diogo Esteves e Franklyn Roger: “no modelo *pro bono*, a assistência jurídica aos necessitados é prestada por intermédio de advogados particulares, que atuam sem receber qualquer espécie de contraprestação pecuniária dos cofres públicos [...] no sistema *judicare* a assistência jurídica é também prestada por advogados particulares. Entretanto, nesse sistema a atividade desempenhada pelos profissionais liberais é remunerada pelos cofres públicos por cada caso concreto (*case-by-case basis*)”. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 04-05.

artigo 4º, inciso XI, a missão institucional de 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.

A seu turno, as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade consagram a obrigação de fortalecimento das Defensorias Públicas aos Estados-parte, condição de possibilidade para o acesso à justiça de indivíduos vulneráveis, mediante uma assistência jurídica integral, gratuita e especializada (regras 28, 29 e 30). Referida orientação é repetida pelas Resoluções nº 2.656 e 2.928 da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Os fundamentos acima citados são ainda complementados por previsões específicas encontradas em diplomas protetivos envolvendo grupos vulneráveis específicos (ex: Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha etc.), assim como em Convenções Internacionais de Direitos Humanos (ex: Convenção da Pessoa com Deficiência, Convenção Belém do Pará etc.).

Cotejando a adoção do modelo público de assistência jurídica, a missão constitucional de defesa dos necessitados, a legislação orgânica nacional, o comando indicado nas 100 Regras de Brasília e as previsões incluídas em diplomas protetivos esparsos, a conclusão que se assoma com foros de obviedade é que à Defensoria Pública cumpre instrumentalizar à tutela jurídica dos direitos de indivíduos e grupos vulneráveis.<sup>530</sup>

Assim, na tutela de direitos individuais, deve a instituição assumir uma das formas interventivas já estampadas no Código de Processo Civil (ex: curadoria especial, *amicus curiae* etc.), priorizando, entretanto, a representação processual de sujeitos vulneráveis, categoria que, à luz da função promocional dos direitos humanos, demonstra-se consentânea com a missão de conferir voz a segmentos marginalizados. Doutro giro, na tutela de direitos transindividuais, intervirá em nome próprio (legitimidade extraordinária), sem, contudo, prescindir do contato com a coletividade substituída, assegurando, sempre que possível, uma legitimação democrática na atuação coletiva (ex: audiências públicas, assembleias comunitárias etc.).

Especificamente no âmbito do processo civil, interessante observar que o Código Processual de 2015 instituiu uma série de prerrogativas ao desempenho das missões constitucionais imposta à Defensoria Pública, tais como a contagem em dobro dos prazos processuais, a intimação pessoal do defensor público, a intimação pessoal da parte assistida e

---

<sup>530</sup> Neste sentido, conferir o trabalho: FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia. **I Relatório de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015.

das testemunhas arroladas, a dispensa do mandato de representação, além da dispensa do ônus da impugnação específica dos fatos (arts. 186, 287, par. ún, inc. II e 341, par. ún.). Todos esses atributos funcionais, gize-se, aplicam-se à Defensoria Pública quando na defesa de indivíduos necessitados,<sup>531</sup> normas de ordem pública que não integram o patrimônio pessoal do defensor público,<sup>532</sup> antes permanecendo à disposição do fiel patrocínio da parte.

Cite-se, por fim, sem pretender ingressar nos meandros da discussão envolvendo a natureza jurídica do instituto, que a atuação da Defensoria Pública vem recebendo doutrinariamente a denominação de “guardião dos vulneráveis” (*custos vulnerabilis*),<sup>533</sup> especialmente a partir das atuações da Defensoria Pública frente aos conflitos possessórios multitudinários previstos nos artigos 554, §1º e 565, §2º do Código Processual 2015.

### 6.3.5 Curadoria especial e a intervenção do *custos iuris*

A curadoria especial é uma forma de proteção especial dirigida ao indivíduo que opera efeitos no campo do Direito Processual para assegurar a garantia do contraditório ou para renovar uma situação de vulnerabilidade da parte.<sup>534</sup>

<sup>531</sup> A fim de cumprir a missão constitucional de prestar adequada tutela jurídica a indivíduos e grupos vulneráveis, este autor já obteve a oportunidade de propor as seguintes transformações institucionais no universo das Defensorias Públicas: “i) mapeamento das principais vulnerabilidades existentes no país; ii) planejamento administrativo e orçamentário especificamente voltado à atuação em favor do público vulnerável; iii) a elaboração de critérios nacionais para atendimento de vulneráveis, que conjugue necessidade econômica x vulnerabilidades específicas, evitando-se a intervenção em caso de assistência privada, salvo na qualidade de *amicus curiae*; iv) criação de defensorias especializadas na tutela jurídica das vulnerabilidades; v) realização de convênios estaduais com entidades especializadas na defesa de grupos vulneráveis (reunião de forças e divisão de responsabilidades); vi) contínuo investimento em um modelo multidisciplinar de Defensoria Pública (exigência de um recorte interseccional); vii) investimento em um modelo consensual de Defensoria Pública (métodos extrajudiciais de resolução de conflitos), especialmente em conflitos envolvendo “vulnerabilidade cruzada” ou “hipervulnerabilidade”; viii) adoção de um modelo preventivo e participativo em políticas públicas voltadas a grupos vulneráveis, que envolva tanto a intervenção preventiva no planejamento orçamentário quanto a fiscalização da execução financeira pelo Poder Executivo; ix) investimento em um modelo pedagógico de Defensoria Pública, que promova uma conscientização não apenas jurídica, mas histórica e cultural das vulnerabilidades, fornecendo possíveis bases emancipatórias para a superação comunitária em adversidades futuras; x) investimento em um perfil inclusivo de Defensoria Pública, que não referende barreiras arquitetônicas, linguísticas ou atitudinais em detrimento de grupos vulneráveis”. AZEVEDO, Júlio Camargo de. **A atuação da Defensoria Pública em favor de vulneráveis: proposta de um perfil institucional à luz da função promocional dos direitos humanos**. Congresso Nacional de Defensores Públicos (15-17 nov. 2017: Santa Catarina). Livro de teses e práticas exitosas - Defensoria Pública: em defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade, p. 95-105.

<sup>532</sup> JUNQUEIRA, Gustavo; REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBEL; Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

<sup>533</sup> Por todos: MAIA, Maurilio Casas. 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. *In*: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada - Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

<sup>534</sup> Parte das ideias relacionadas à curadoria especial já haviam sido objeto de análise anterior por este autor na seguinte obra: AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Prática cível para Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora



Não se pode, nessa linha, confundir curadoria com curatela (art. 1767, CC/2002). Enquanto a curatela implica proteção dirigida a suprir eventual incompletude da capacidade por meio de uma relação de cuidado permanente à pessoa, a curadoria admite a projeção de efeitos tanto sobre o plano de direito material (ex: curadoria dos bens do ausente (art. 22, CC/2002), curadoria de bens deixados em favor de menor (art. 1.733, § 2º, CC/2002) e curadoria da herança jacente (1.819, CC/2002) – quanto sobre o plano do direito processual (ex: curadoria especial). Em ambas, porém, estará restrita à esfera patrimonial da pessoa curatelada, desempenhando uma finalidade específica e episódica, isto é, que não se destina à regência permanente da pessoa.

Superando a designação da codificação anterior (curador à lide), o Código Processual de 2015 reservou à Defensoria Pública o exercício exclusivo da curadoria especial (art. 72, par. ún.). A disposição vai ao encontro da função institucional estabelecida no artigo 4º, inciso XVI, da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, tornando incompatível que outros órgãos públicos ou privados exerçam a curadoria processual (ex: o Ministério Público). Embora o legislador se valha da expressão o “juiz nomeará curador especial” no *caput* do artigo 72, importante registrar que esta atuação independe de nomeação judicial, incidindo por força de lei (*ope legis*).<sup>535</sup>

Em relação à vulnerabilidade sociocultural, duas hipóteses de curadoria especial estabelecidas em função da pessoa demandam análise.

### **6.3.5.1 A curadoria especial em favor do incapaz sem representante legal ou com interesses colidentes**

A *ratio* da curadoria especial referida no inciso I do artigo 72 é suprir a ausência do representante processual ou eventual colidência de interesses entre o representante legal e o incapaz. A proposta legislativa é preencher o requisito da capacidade para estar em juízo.

---

CEI, 2018, p. 297-315.

<sup>535</sup> A questão é relevante, pois, como pontuam Esteves e Silva: “os efeitos práticos da nomeação demonstram claramente a gravidade desta cotidiana prática judicial. Caso fosse conferido ao Poder Judiciário o poder de nomear o curador especial, restaria implícita a autorização para destituir o nomeado, gerando a fragilização da independência funcional necessária ao pleno exercício da curadoria. Além disso, a possibilidade de nomear poderia induzir os magistrados a acreditarem que podem escolher quem deve ser nomeado, cenário que viola a privatividade funcional da Defensoria Pública para o exercício da curadoria especial”. SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A curadoria especial no Novo Código de Processo Civil. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria Pública - Col. Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131/132.

Após a reforma operada pela Lei Brasileira de Inclusão em relação às pessoas com deficiência intelectual, apenas as crianças e adolescentes podem ser consideradas incapazes de acordo com a legislação civil. Atento, portanto, à transitoriedade da vulnerabilidade etária de crianças e adolescentes (art. 142, ECA), o Código Processual de 2015 condicionou a intervenção do curador especial à duração processual da incapacidade. Assim, tanto na ausência do representante, quanto na hipótese de interesses potencialmente conflitivos, o Código assegura à criança e ao adolescente a atuação fiscalizatória do curador especial. O escopo da intervenção é claro: além da proteção processual do incapaz, deve o curador especial garantir o regular desenvolvimento do processo, evitando situações jurídicas de invalidade por falta de pronta capacidade.

É possível perceber, ademais, que a *ratio* interventiva acompanha outras hipóteses de atuação do curador especial estabelecidas no Código Processual de 2015, como, *verbi gratia*, a nomeação de curador especial ao citando incapaz (art. 245, § 4º) e ao incapaz portador de interesses colidentes com seu representante legal na partilha sucessória (art. 671, inc. II).

Trata-se de proteção processual instituída pela legislação exclusivamente em favor de pessoa em condição de vulnerabilidade sociocultural (criança e adolescente).

#### ***6.3.5.2 A curadoria especial em favor do deficiente intelectual***

Outra forma de atuação da curadoria especial que surte efeitos protetivos em relação à pessoa diz respeito à atuação do curador especial em favor do deficiente intelectual. Consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 752 “o interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial”.

Três questões merecem a atenção deste estudo.

Imperioso observar, primeiramente, que somente na ausência de advogado formalmente constituído é que o juiz encaminhará os autos com vista à Defensoria Pública para fins de atuação enquanto curadora especial. Havendo advogado, não incide a proteção legal.

Por segundo, a legislação processual não mais atribui legitimidade ao Ministério Público para promoção da curadoria processual do “interditando”. Sob a vigência do Código Processual de 1973, travava-se intensa discussão jurisprudencial a respeito da atuação do *parquet* na defesa dos interesses do interditando, havendo, de um lado, uma corrente sustentando a nomeação de promotores de justiça como curadores especiais do interditado, posicionamento estado na exegese dos artigos 1.770 do Código Civil de 2002 e 82, inciso II,

84, 1179 e 1.182, §2º, do Código Processual de 1973. Já uma segunda corrente defendia a inconstitucionalidade do entendimento acima esposado, dado estar o Ministério Público impedido de exercer a representação judicial das partes pela vedação constitucional prevista no artigo 129, inciso IX, da Carta Democrática de 1988.

Alinhando-se aos princípios contidos na Resolução nº 46/119 da ONU, que versa sobre a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental,<sup>536</sup> o Código Processual de 2015 sepultou a controvérsia ao assinalar que a função de curadoria especial deve ser exercida exclusivamente pela Defensoria Pública (art. 72, par. ún.).

A terceira questão dialoga com a necessidade de atuação do curador especial mesmo diante da nomeação de advogado particular pelo interditando. Sobre o mote também divergia a doutrina à luz do Código Buzaid de 1973, havendo quem defendesse a atuação do curador especial inclusive diante da constituição do advogado particular (corrente intervencionista aditiva), enquanto outros advogavam que a intervenção do curador especial estaria vedada em razão da supressão da vulnerabilidade processual legitimadora (corrente intervencionista subsidiária). Esta segunda corrente, contava com precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça.<sup>537</sup>

---

<sup>536</sup> Cláusula 6, PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE PESSOAS ACOMETIDAS DE TRANSTORNO MENTAL E A MELHORIA DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE MENTAL (ONU): “Qualquer decisão em que, em razão de um transtorno mental, a pessoa perca sua capacidade civil, e qualquer decisão em que, em consequência de tal incapacidade, um representante pessoal tenha que ser designado, somente poderão ser tomadas após uma audiência equitativa a cargo de um tribunal independente e imparcial estabelecido pela legislação nacional. A pessoa, cuja capacidade estiver em pauta, terá o direito de ser representada por um advogado. Se esta pessoa não puder garantir seu representante legal por meios próprios, tal representação deverá estar disponível, sem pagamento, enquanto ela não puder dispor de meios para pagá-las. O advogado não deverá, no mesmo processo, representar um estabelecimento de saúde mental ou seus funcionários, e não deverá também representar um membro da família da pessoa cuja capacidade estar em pauta, a menos que o tribunal esteja seguro de que não há conflito de interesses. As decisões com respeito à capacidade civil e à necessidade de um representante pessoal deverão ser revistas a intervalos razoáveis, previstos pela legislação nacional. A pessoa, cuja capacidade estiver em pauta, seu representante pessoal, se houver, e qualquer outra pessoa interessada terão o direito de apelar a um tribunal superior contra essas decisões”.

<sup>537</sup> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PRAÇA. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA RAZOÁVEL QUE IMPEÇA A INTIMAÇÃO PESSOAL. RÉU PRESO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. NECESSIDADE, DESDE QUE A PARTE NÃO TENHA ADVOGADO NOMEADO NOS AUTOS. - A praça é severo ato de afetação patrimonial, sendo imprescindível a ciência adequada da parte para que possa se prevenir. - Entretanto, não se pode condicionar o prosseguimento da execução à localização do devedor para intimação pessoal. Trata-se de procedimento a ser adotado de forma prioritária, mas que não deve criar um obstáculo ao seguimento da ação, sobretudo quando evidenciada manobra procrastinatória do executado. - Na vigência da pretérita redação do art. 687 do CPC, anterior às alterações trazidas pela Lei nº 11.382/06, se admitia que a intimação do executado acerca das praças se perfizesse via edital, desde que a circunstância que impedisse a ciência pessoal do devedor fosse razoável. - Se a parte, mesmo estando presa, tem patrono nomeado nos autos, torna-se absolutamente despicienda a indicação de um curador especial para representá-la. Recurso especial conhecido e provido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 897682/MS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007.

Ao que parece, o Código Processual de 2015 também depositou uma pá de cal na controvérsia, bastando que se aplique por analogia o dispositivo 72, inciso II, que veta expressamente a atuação do curador especial ao réu preso revel e ao réu citado fictamente “enquanto não for constituído advogado”. *A contrario sensu*, a partir da constituição do patrocínio particular, não se admitirá a continuidade da intervenção do curador especial, raciocínio que deve igualmente ser aplicado à hipótese do deficiente intelectual.

Registre-se o acerto da opção do legislador, pois (i) presume a boa-fé do advogado particular, (ii) valoriza a autonomia da pessoa deficiente, além de (iii) evitar uma atuação substitutiva da vontade em favor de pessoa vulnerável.

### 6.3.5.3 A intervenção do Ministério Público enquanto “*custos iuris*”

Enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional de Estado e incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/1988), reserva-se ao Ministério Público papel de extremo relevo na tutela dos direitos de indivíduos e grupos vulneráveis, seja como legitimado extraordinário na defesa de direitos transindividuais de coletividades marginalizadas, seja como *custos iuris* na fiscalização da ordem jurídica (processual e substantiva).

No âmbito processual civil,<sup>538</sup> os artigos 178, 179 e 180 regulam o modo da intervenção ministerial enquanto *custos iuris*, orientando que o *parquet* deverá ter vista dos autos após as partes e ser intimado de todos os atos do processo, poderá produzir provas e requerer medidas protetivas, assim como exercer o direito recursal. Estabelece, ademais, as hipóteses em que lícita à intervenção ministerial, quando presente: i) interesse público ou social; ii) interesse de incapaz; iii) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Em relação à vulnerabilidade sociocultural, se extrai nítida aproximação entre o disposto no inciso II do artigo 178 (incapaz) e a intervenção ministerial em favor de crianças e adolescentes. Ademais, a intervenção em favor do interesse público e social também parece legitimar a intervenção ministerial em favor de outros grupos vulneráveis, ainda que a depender de fundamentação concreta. Referida exegese vai ao encontro da Lei Orgânica Nacional do

<sup>538</sup> Sobre a atuação do Ministério Público no processo civil, conferir: GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público como substituto processual no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 2001; ZANETI JR., Hermes. **O Ministério Público e o Novo processo civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), a qual, muito embora não mencione o termo vulnerabilidade, estabelece no artigo 25, inciso VI, que o Ministério Público exercerá “a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência”.

É, porém, nas legislações protetivas específicas que a intervenção enquanto *custos iuris* se apresenta de forma mais pujante, cumprindo mencionar os artigos 25 e 26 da Lei Maria da Penha em favor de mulheres em situação de violência, artigo 79, parágrafo 3º, da Lei Brasileira de Inclusão em favor de pessoas com deficiência, artigos 73 a 77 do Estatuto do idoso em favor das pessoas idosas, artigo 52 do Estatuto da Igualdade Racial em favor da população negra e comunidades quilombolas e artigos 200 a 205 do Estatuto da Criança e do Adolescente em favor da juventude. Interessante perceber, ademais, em relação às populações indígenas, que a própria Constituição Federal de 1988 se encarregou de impor ao Ministério Público a missão constitucional de “defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, inc. V), fato este que, conjugado às vedações ao exercício da advocacia (art. 128, inc. II, “b”) e à representação judicial, limita a atuação do *parquet* à defesa dos direitos coletivos dos povos originários. Referida intervenção ministerial também se encontra presente nos dispositivos 36 e 37 do Estatuto do Índio.

Logo, sempre que em juízo estiverem presentes estes segmentos vulneráveis, independentemente da qualidade da demanda, o Ministério Público tem por mister constitucional e legal intervir no processo, na qualidade de *custos iuris*, a fim de fiscalizar o adequado cumprimento do ordenamento jurídico em favor dos sujeitos vulneráveis.

Tais hipóteses de intervenção, é bom que se diga, não fogem a aplicação do princípio *in favor vulnerabilis*, evidenciando ser ilegítima a intervenção ministerial em desfavor de indivíduos vulneráveis, salvo quando os interesses pleiteados em juízo estiverem encobertos pelo manto da ilicitude.

É preciso perceber que a independência funcional dos membros do Ministério Público deve ser avaliada sempre à luz da missão fiscalizatória dos direitos de pessoas vulneráveis. O contrário seria permitir, *exempli gratia*, que o Ministério Público interferisse em uma demanda contrariando à defesa de interesses licitamente deduzidos na demanda por pessoa vulnerável (ex: criança e adolescente, idoso ou pessoa com deficiência). Tal intervenção não se justificaria lógica ou axiologicamente.

Doravante, a fim de que a intervenção ministerial não se desenvolva de forma autoritária ou paternalista, recomendável o contato prévio do órgão ministerial com as partes e seus representantes processuais, respeitando-se, ademais, a autonomia individual, a liberdade

de escolha e a participação processual dos sujeitos vulneráveis nos rumos existenciais expressos da demanda. Calha mencionar que o princípio da não fruição obrigatória de ações afirmativas impede, via de regra, sejam “medidas protetivas” impostas em contrariedade aos interesses dos sujeitos vulneráveis.

No caso de partes vulneráveis representadas pela Defensoria Pública, evidencia-se ainda nítida convergência interinstitucional destas funções essenciais à justiça na defesa e fiscalização dos direitos de indivíduos vulneráveis, tratando-se de atividades interrelacionadas à luz do interesse público primário. Essa visão de complementariedade institucional deve prevalecer em favor de sujeitos vulneráveis em detrimento de disputas corporativas levianas.

### **6.3.6 Intervenção de terceiros**

#### ***6.3.6.1 Intervenções de terceiro em favor da pessoa vulnerável***

O Código Processual de 2015 trouxe diversas modificações relacionadas às modalidades de intervenção de terceiro. Manteve a denunciação da lide e o chamamento ao processo como formas de ampliação subjetiva do processo, readequando, de outro giro, os institutos da assistência, oposição e nomeação à autoria (arts. 339 e 682), categorias que passaram a ostentar, respectivamente, a natureza jurídica de intervenção de terceiro, incidente de correção da legitimidade passiva e procedimento especial contencioso. Finalmente, a nova ordem processual positivou duas novas formas interventivas: a desconsideração da personalidade jurídica e o *amicus curiae*.

Avaliando, porém, as hipóteses em que um terceiro pode intervir em uma relação processual na sistemática brasileira, observa-se que as modalidades interventivas sempre foram encaradas à luz de um regramento excepcional, guiando-se pela dependência de prévia autorização legal e pela demonstração do interesse jurídico do sujeito processual alheio ao processo.

O que ocorre em relação à tutela de sujeitos vulneráveis é que o terceiro pode não possuir qualquer interesse jurídico na demanda (direto ou indireto), tampouco manter relação jurídica com quaisquer das partes, mas, em virtude da situação de fragilidade ou risco social a que submetido o sujeito vulnerável, resolva intervir no processo como forma de prestar-lhe auxílio.

O que se evidencia, portanto, é que a vulnerabilidade pode impulsionar participações de pessoas, entidades ou instituições no processo, isso independentemente do debate envolvendo a questão de direito material litigiosa. O móvel da intervenção se daria, ao revés, como modalidade de apoio à parte vulnerável, respondendo, assim, às necessidades intelectuais, sensoriais, emocionais, linguísticas, culturais ou educativas de um determinado segmento social. Trata-se de hipótese de intervenção de terceiro que se desenvolveria exclusivamente em favor da pessoa, aliando-se à proposta de tutela jurisdicional humanista antes referida.

Com efeito, o auxílio sugerido pode revelar-se presente em casos envolvendo pessoas com deficiência, como, por exemplo, em relação às modalidades de apoio instituídas no artigo 3º, prestadas, respectivamente, pelo atendente pessoal (inc. XII), pelo profissional de apoio escolar (inc. XIII) e pelo acompanhante (inc. XIV).

O mesmo ocorre na tomada de decisão apoiada do artigo 1.783-A do Código Civil, em que a pessoa com deficiência elege ao menos duas pessoas idôneas para prestar-lhe apoio nas decisões, fornecendo elementos e informações necessárias para o pleno exercício de sua autonomia e vontade. Referidos apoiadores, além de contribuir para a decisão informada da pessoa com deficiência, podem assinar contratos ou acordos – inclusive negócios jurídicos processuais – em conjunto com a pessoa deficiente. Como lembra Antonio do Passo Cabral, cuida-se de “participação qualificada no procedimento convencional, que preserva a manifestação de vontade da pessoa com deficiência e evita alegações de invalidade do negócio jurídico”.<sup>539</sup>

É possível igualmente vislumbrar a necessidade de “apoios” em casos específicos de revitimização, insegurança ou grave desequilíbrio emocional, o que corriqueiramente ocorre em demandas familiares envolvendo violência doméstica, em casos de vítimas ameaçadas por delinquência organizada, assim como em hipóteses de abuso sexual ou maus-tratos a crianças e adolescentes.

Os apoios podem ainda ser pensados em favor de comunidades indígenas que mantenham alguma espécie de vínculo com entidade representativa. Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já assegurou a intervenção processual de interlocutores legítimos em favor de populações tradicionais, como no caso *Povo Saramaka vs. Suriname*.<sup>540</sup>

---

<sup>539</sup> CABRAL, *Convenções processuais...*, op. cit., p. 315-316.

<sup>540</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka vs Suriname*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172.

Não obstante, as 100 Regras de Brasília denunciam a necessidade de flexibilização das regras processuais internas acerca da participação processual de terceiros, sugerindo a atuação de fiscais, *ombudsmen*, entidades defensoras de direitos humanos, além da interessante possibilidade de intervenção do “referente emocional” em casos de provável revitimização.

À luz dos princípios da adaptação razoável e da proteção integral, possível cogitar da adequação dos requisitos para a intervenção de terceiros no processo, admitindo participações processuais de pessoas, entidades ou instituições que funcionem como apoios *in favor vulnerabilis*.

### 6.3.6.2 A hipótese do artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Consoante dispõe o artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

Perceba-se que a modalidade instituída não se coaduna com a hipótese de assistência prevista nos artigos 119 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que não exige conexidade ou dependência com o direito da parte,<sup>541</sup> tampouco influência do terceiro interveniente para auxílio da parte (assistência simples) ou defesa de interesse jurídico próprio (assistência litisconsorcial).<sup>542</sup>

Ao contrário, referida intervenção de terceiro se dá unicamente a partir do “legítimo interesse na solução da lide”, locução que vem sendo interpretada pelo Superior Tribunal de Justiça à luz dos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, em hermenêutica claramente favorável à tutela jurídica de sujeitos vulneráveis (*in favor vulnerabilis*). Como esclareceu o Tribunal da Cidadania, a intervenção de terceiro do artigo 206 deve “aumentar o espectro de proteção ao menor, não se permitindo, portanto, intervenções em seu desfavor”.<sup>543</sup>

<sup>541</sup> “[...] entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória da parte, houver uma relação de conexão ou dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavorável, sobre a posição jurídica de terceiro”. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 01.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 174.

<sup>542</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 50-52.

<sup>543</sup> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AO ART. 206 DA LEI 8.069/90. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO ART. 112, II, ECA.



Trata-se, portanto, de precedente de suma importância para a compreensão dos princípios metodológicos envolvendo a tutela jurisdicional adequada de indivíduos e grupos vulneráveis, cuja *ratio decidendi* deve ser estendida a outras hipóteses de vulnerabilidade sociocultural.

### 6.3.7 Atos processuais

#### 6.3.7.1 Adequações pertinentes à forma e ao lugar dos atos processuais

##### 6.3.7.1.1 Prioridade de tramitação em favor de sujeitos vulneráveis

Mantendo a tendência do Código Processual de 1973, a Codificação de 2015 incluiu no artigo 1.048 a tramitação prioritária de processos envolvendo idosos e pessoas com doença grave (inciso I), inovando ao estender a discriminação positiva em favor de crianças e adolescentes.<sup>544</sup>

Em relação ao idoso, importante consignar que mesmo antes da inclusão do dispositivo na legislação de 1973 (art. 1211-A), já se assegurava a tramitação prioritária de processos em favor de pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos de idade. Com o advento da Lei nº 10.741/2001, readequou-se a faixa etária para sessenta anos, reduzindo

---

INOBSERVÂNCIA DO ART. 255/RISTJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Deve-se entender que o artigo 206 da Lei 8.069/90, ao permitir que "a criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei [...]", aumenta o espectro de proteção ao menor, não se permitindo, portanto, intervenções em seu desfavor. 2. Indispensável, para caracterizar o alegado dissídio jurisprudencial, que haja o devido cotejo analítico, nos moldes do que determina o artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno desta Corte. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo nº 899.653-RJ**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/08/2009.

<sup>544</sup> Art. 1.048, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: “Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6o, inciso XIV, da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988; II - regulados pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). §1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. §2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. §3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável. §4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário”.

em um lustro o critério biológico anterior. Desde então, a norma processual passou a adotar a orientação do artigo 71 do Estatuto do Idoso.<sup>545</sup>

Registre-se, ademais, que a prioridade de tramitação estabelecida em favor dos idosos abrange não apenas a tramitação de processos e a execução de atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, como também todos os processos e procedimentos administrativos perante a Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos, instituições financeiras e demais serviços de assistência judiciária gratuita.

Já o parágrafo 1º prevê que basta ao interessado fazer prova de sua idade, mediante documentação pertinente, para que o benefício seja concedido pela autoridade, a qual determinará a anotação dessa circunstância em local visível nos autos do processo. A seu turno, o parágrafo 2º estabelece que a prioridade de tramitação não cessa com a morte do beneficiário, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do convivente em união estável maior de sessenta anos. Há, nesse sentido, uma continuidade “*post mortem*” da ação afirmativa processual, também assegurada pelo artigo 1.048, parágrafo 3º, do Código Processual de 2015.

Também o artigo 152, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos no Estatuto, assim como na execução dos atos e diligências judiciais referentes às relações jurídicas infante-juvenis.<sup>546</sup>

Já o inciso VII do artigo 9º da Lei Brasileira de Inclusão garante à pessoa com deficiência o atendimento prioritário referente à “tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências”. Observa-se, neste sentido, um alinhamento da Lei nº 13.146/2015 à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (art. 1º, par. ún.), a qual estabelece que os Estados-

---

<sup>545</sup> Art. 71, Lei nº 10.741/2003: “É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância. §1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. §2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos. §3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária”.

<sup>546</sup> Art. 152, Lei nº 8.069/1990: “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. §1º É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes”.

parte assegurarão o efetivo acesso à justiça das pessoas com deficiência mediante a provisão de “adaptações processuais adequadas à idade” (art. 13).

Por fim, embora não indique expressamente uma “prioridade de tramitação de autos”, a Lei Maria da Penha dispõe que “será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e julgamento das causas referidas no *caput*” (art. 33). O *caput*, por sua vez, assegura que as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Forçoso concluir que o dispositivo assegura preferência de tramitação às causas cíveis que corram perante o juízo especializado.

Sistematicamente, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro garante prioridade de tramitação de autos aos seguintes grupos vulneráveis socioculturais: pessoas com deficiência, idosos, crianças e adolescentes e mulheres em situação de violência. Estariam excluídos, de outro giro, a população LGBTI, os negros, os quilombolas, os indígenas, os migrantes, refugiados e deslocados internos, além das pessoas em situação de rua.

Cite-se, porém, que a aplicação desta ação afirmativa processual não é pacífica na doutrina. Há, nessa linha, contundente corrente doutrinária que se posiciona contrariamente ao trâmite prioritário, especialmente ao instituído em favor de idosos.

Analisando a questão, Joel Dias Figueira Junior chega a afirmar que a Lei nº 10.173/2001 instituiu verdadeira “pérola legislativa” e que o legislador foi “jocosos e duplamente ingênuo” em acreditar que estaria solucionando o problema do acesso à justiça dos idosos ao instituir uma regra inconstitucional que afronta a isonomia. Argumenta que o “cerne do enleio reside na circunstância de que outras tantas pessoas naturais encontram-se em situação muito mais crítica ou vulnerável do que os idosos”, de modo que “o ancião de hoje não se compara em nada com o passado, exceto na idade cronológica”, razão pela qual o problema da rapidez na prestação jurisdicional não pode ser resolvido mediante “providências quixotescas e inconstitucionais desta ordem”.<sup>547</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso, a seu turno, compreende o trâmite prioritário de processo em favor da pessoa idosa como uma desequiparação ilegítima. Em síntese, pontua que: i) o envelhecimento é um processo biológico universal, contínuo e irreversível, de modo que o só fato de “ser idoso”, isolado de qualquer outra circunstância agravante, não significa algum tipo de carência, deficiência ou vulnerabilidade, bastando ter presente os numerosos e

---

<sup>547</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. O princípio constitucional da igualdade em confronto com a lei que confere tratamento processual privilegiado aos idosos; análise da constitucionalidade da Lei 10.173, de 09/01/2002, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 106, p. 294, abr./jun., 2002.

notórios casos de pessoas longevas que continuam fruindo de suas capacidades mentais e físicas, compondo parcela ativa e produtiva da população; ii) pessoas ditas da “terceira idade” não seriam necessariamente atingidas pela demora dos feitos judiciais, seja porque o risco de falecerem durante o trâmite dos autos não se restringe a apenas esta camada da população, seja porque o avanço da medicina conjugada com uma situação financeira estável permitiria ao idoso aguardar o desfecho da causa de forma confortável, quiçá em melhor condição do que uma parte mais jovem em pior situação sociofinanceira; iii) só o “passar do tempo” não constituiria fator diferencial autônomo e consistente a ponto de justificar uma desequiparação em prol desse segmento, o que somente ocorreria se a idade fosse conjugada a outra condição negativa, debilitante ou incapacitante, ou ainda à condição de necessitado.<sup>548</sup>

Na mesma linha, Fernanda Tartuce assevera que, apesar da louvável intenção de proteger indivíduos potencialmente vulneráveis, o Estatuto do Idoso acabou incluindo em categoria única uma camada por demais heterogênea da população, sendo difícil crer que todos os seus componentes são frágeis como supõe a lei. Conclui que a experiência desmente a pressuposta consistência do *discrímen* em todo e qualquer caso, sendo mais apropriado o cotejo da proporcionalidade em cada caso concreto.<sup>549</sup>

Também José Mario Wanderley Gomes Neto e Ana Carolina Gomes Veiga criticam o dispositivo sob o prisma de sua inefetividade, uma vez que não haveria meios materiais de efetivá-lo perante o Judiciário. Na opinião dos autores, grande parte dos problemas concernentes aos idosos decorreria de sua hipossuficiência e de desvantagens técnicas por não poder contar com um advogado e não propriamente da senilidade.<sup>550</sup>

Divergindo dos autores anteriores, Rosmar Cavalcanti de Alencar afirma que conferir prioridade de tramitação em favor das pessoas idosas não significa que o princípio da dignidade da pessoa humana só se aplique aos idosos. Em verdade, para se entender a relação entre prioridade de tramitação às pessoas idosas e o postulado da isonomia, deve-se ter presente que essa garantia homenageia o princípio da diferença à luz de uma distribuição fraterna de justiça, cujos benefícios não se dirigem apenas ao idoso (igualando-o enquanto pessoa) mas a toda a sociedade. Por sua ótica, a prioridade de tramitação de autos visaria efetivar maior justiça social, mormente quando “se confere esperança à pessoa idosa de que seu conflito será

---

<sup>548</sup> MANCUSO, **Acesso à justiça...**, op. cit., p. 327-335.

<sup>549</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 250-251.

<sup>550</sup> NETO, José Mario Wanderley Gomes; VEIGA, Ana Carolina Gomes. Crítica aos dispositivos processuais contidos no Estatuto do Idoso: um estudo de caso frente ao acesso à justiça, **Revista de Processo**, v. 143, 2007, p. 269.

solucionado em prazo mais curto, maximizando, assim, a efetividade do princípio da dignidade humana de forma compatível com o princípio da igualdade”.<sup>551</sup>

Também Robson Renault Godinho entende adequada a instituição de tutela jurisdicional diferenciada em favor dos idosos, condição de possibilidade para a efetividade de proteção dos direitos previstos no Estatuto.<sup>552</sup>

No entendimento deste autor, a discriminação positiva instituída em favor do idoso referente à prioridade de tramitação de autos é legítima frente ao pacto social coletivo de reconhecimento da diferença e inclusão social de segmentos vulneráveis.

Admitir, contudo, a legitimidade da tramitação prioritária em favor de grupos vulneráveis não impede este autor de enxergar a instituição de determinadas ações afirmativas processuais que se revelem inadequadas. É o caso, por exemplo, da Lei nº 13.466/2017 que estabeleceu uma superprioridade aos maiores de 80 anos, exigindo o atendimento de suas necessidades preferencialmente em relação aos demais idosos (acima de 60 anos).

Influenciada por conceitos da literatura inglesa,<sup>553</sup> a qual qualifica o envelhecimento segundo critérios de *young old* (65 a 75 anos), *old old* (75 a 85 anos) e *oldest old* ou *very old* (mais de 85 anos), a legislação acaba por instituir uma prioridade dentro de outra prioridade, o que se revela de inteligência duvidosa no tratamento desta forma de vulnerabilidade, deixando, por outro lado, de considerar outros relevantes aspectos de desequiparação, como a interseccionalidade entre vulnerabilidades (ex: idoso deficiente; idoso indígena; idoso campesino etc.).

Nada impede, igualmente, fosse repensado o próprio critério etário utilizado (60 anos) à luz da longevidade biológica contemporânea, projetando, por exemplo, uma aproximação da legislação nacional aos parâmetros de envelhecimento estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde (65 anos). O que respeitosamente parece pouco adequado é a instituição de prioridades compartimentadas no interior de outra prioridade, ainda mais em um país cuja população apresenta largas dificuldades de compreender a justiça de medidas inclusivas em favor de grupos historicamente discriminados. O efeito pode acabar sendo reverso, levando à indesejada fragilização da proteção antes instituída.

---

<sup>551</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Comentários ao art. 71 e parágrafos da Lei 10.714/2003. In: PINHEIRO, Naide Maria (coord.). **Estatuto do idoso comentado**. 4. ed. Campinas: Servandas, 2008, p. 571-579.

<sup>552</sup> GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 66.

<sup>553</sup> SOUZA, Jamille Fernanda Ferreira de. Políticas públicas e direitos fundamentais do idoso: abordagem brasileira. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu reis Campos (org.). **Minorias & grupos vulneráveis. Reflexões para uma tutela inclusiva**. Birigui/SP: Boreal Editora, 2013, p. 365.

### 6.3.7.1.2 Ampliação das hipóteses de sigredo de justiça

Consoante é cediço, em relação à regulamentação processual dos atos processuais, impera o princípio da publicidade, axioma constitucional que visa evitar indesejado processamento às escuras. Referida publicidade, contudo, é mitigada diante do dever de sigilo observado em relação a certas causas. É o caso do artigo 189 do Código Processual de 2015, que estabelece hipóteses de tramitação de processos em sigredo de justiça, as quais se desenvolvem em razão do interesse público ou social, nas demandas familiares, em hipóteses de dados protegidos pela intimidade ou em demandas que envolvam prévio julgamento arbitral acobertado pela cláusula de confidencialidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente institui, doutro giro, regramento específico envolvendo a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes, vedando a identificação do jovem, a divulgação de fotografia, assim como qualquer referência ao nome, apelido, iniciais, filiação, parentesco ou residência (art. 143). O desrespeito a esta regra importa na aplicação da sanção prevista no artigo 247 do Estatuto por infração administrativa.<sup>554</sup> O Estatuto protetivo também impõe o sigredo de justiça em relação ao reconhecimento do estado de filiação, direito personalíssimo, indisponível e imprescritível relacionado ao direito da personalidade infanto-juvenil (art. 27).

Entende-se que as regras de sigilo ora indicadas podem servir de parâmetro normativo em relação à proteção da privacidade, da vida, da integridade física e da segurança de outros grupos vulneráveis. Para além das hipóteses de inclusão em programas de proteção especial a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/1999), o sigilo instituído em processos cíveis pode colaborar com a garantia de proteção de pessoas em risco.

A este respeito, citem-se as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar cujos pedidos de medidas protetivas de urgência tramitam à revelia de qualquer hipótese de sigilo, permitindo o acesso pelo réu do endereço em que situada a pessoa vitimizada.<sup>555</sup> Nada impede, portanto, à luz da norma de reenvio incluída no artigo 13 da Lei Maria da Penha, que se aplique a sistemática mais rígida das regras de sigilo imposta às crianças e adolescentes (art. 143, ECA), garantindo-se a segurança e a integridade física de mulheres em situação de violência.<sup>556</sup>

<sup>554</sup> ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, **Estatuto da Criança e do Adolescente...**, op. cit., p. 396.

<sup>555</sup> Entende-se que o sigilo nos casos envolvendo as hipóteses recorrentes de “pornografia da vingança” (*revenge porn*), em que há a divulgação de fotografias íntimas de pessoa vulnerável (geralmente mulheres), encontra-se abrangida pela cláusula-geral de sigilo da intimidade (art. 189, inc. III, CPC/2015).

<sup>556</sup> “[...] em situações excepcionais, a fim de evitar o escândalo e com o objetivo de preservar a imagem da mulher

Doravante, com a atenção voltada para tais situações, as 100 Regras de Brasília asseguram hipótese de sigilo a pessoas em condição de vulnerabilidade submetidas a perigo de vitimização reiterada ou repetida, tais como vítimas ameaçadas nos casos de delinquência organizada, menores vítimas de abuso sexual ou maus-tratos e mulheres vítimas de violência dentro da família ou do casal (regra 76).

Concretamente, portanto, é possível que o juiz justifique a necessidade do sigilo com base nos incisos I (interesse social) e III (defesa da intimidade) do artigo 189 da Codificação Processual de 2015, sem prescindir da interpretação extensiva do rol ou da declaração de sigilo parcial,<sup>557</sup> sempre que os direitos fundamentais da pessoa em condição de vulnerabilidade estiverem em risco perante a publicidade dos atos processuais.

#### 6.3.7.1.3 Concentração de atos processuais e a valorização da oralidade

Como já acentuado, as 100 Regras de Brasília incluem como princípios informadores das práticas processuais envolvendo indivíduos em situação de vulnerabilidade, a oralidade (regra 35) e a concentração de atos judiciais (regra 69) objetivando: i) favorecer maior agilidade na tramitação do processo; ii) garantir a imediação na colheita das provas orais; iii) evitar comparecimentos desnecessários por parte da pessoa em condição de vulnerabilidade.

As regras supramencionadas visam atender a um duplo escopo.

De um lado, incentiva-se o contato das partes vulneráveis com o juiz (alteridade), o qual deve ter a oportunidade de conhecer os aspectos particulares e relacionais que dão origem à situação de vulnerabilidade, promovendo as adaptações procedimentais eventualmente necessárias para a manutenção do equilíbrio processual entre as partes. Como acertadamente prevê Antonio do Passo Cabral, a alteridade pressupõe proximidade. Nessa linha, em um ambiente de contraditório e cooperação como é o processo, ao invés da impessoalidade do Estado, devem ser estimuladas relações ‘face a face’ que fomentem vínculos intersubjetivos solidários e fraternos.<sup>558</sup>

---

e eventualmente de seus filhos, garantindo-lhes a intimidade, pode o juiz decretar o sigilo do processo, proibindo, ainda, a divulgação de qualquer ato ou a menção do nome das vítimas, tudo por analogia ao disposto no art. 143 do ECA”. CUNHA; PINTO, **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada...**, op. cit., p. 103.

<sup>557</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental 573/MS**. Corte especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.06.2010; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.245.744/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28.06.2011.

<sup>558</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120 e ss.

De outro, objetiva-se maior celeridade, economia processual e pontualidade na celebração dos atos jurisdicionais, evitando-se comparências desnecessárias. Neste último aspecto, leva-se em consideração que algumas hipóteses de vulnerabilidade não recomendam a prática de depoimentos sucessivos, especialmente quando os fatos envolverem vitimização, violência ou vilipêndio a direitos da personalidade (ex: intimidade).

Verifica-se, portanto, um esforço das 100 Regras de Brasília em homenagear os princípios da oralidade e da concentração de atos processuais, axiomas que, por sua vez, ligam-se à imediatidade na colheita da prova e à identidade física do juiz. Entende-se que todos estes princípios devem ser resgatados quando da tutela jurisdicional de indivíduos vulneráveis, em que a atuação concentrada e oral significa, em termos pragmáticos, a própria chance de efetivação dos direitos humanos dirigidos.

#### 6.3.7.1.4 Processamento nas férias forenses e prática de atos em horários noturnos

O Código Processual de 2015 prevê que os atos processuais serão praticados em dias úteis (art. 212), somente processando-se no período de férias forenses e feriados as citações, intimações e penhoras (§2º) e as hipóteses de tutelas de urgência. Estabelece, ainda, que durante as férias forenses serão processados os procedimentos de jurisdição voluntária e os necessários à conservação de direitos quando puderem ser prejudicados pelo adiamento, as ações de alimentos e os processos de nomeação ou remoção de tutor e curador ou quando a lei assim determinar.

Quanto ao horário dos atos processuais, interessante disposição abriga o artigo 14, parágrafo único, da Lei Maria da Penha, ao dispor que “os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária”. Trata-se de previsão similar à existente no artigo 12 da Lei nº 9.099/1995, que prevê a possibilidade de prática noturna de atos nos Juizados Especiais.

As normas referidas excepcionam a regra do artigo 212, caput e parágrafo 1º, que estabelece que os atos processuais serão realizados das seis às vinte horas, considerando-se concluídos após as vinte horas os atos antes iniciados, desde que o adiamento possa prejudicar a diligência ou causar grave dano à parte.

Em se tratando de mulher em situação de violência doméstica ou familiar, a regra deveria receber maior atenção do Sistema de Justiça, considerando, sobretudo, que a maioria das ocorrências envolvendo violência contra a mulher ocorrem no interior dos lares, aos finais



de semana e feriados, durante o período noturno. Justamente por isso é que há muito tempo os coletivos de mulheres pleiteiam o funcionamento de delegacias especializadas vinte e quatro horas, fato este que, embora de difícil implementação prática em relação ao Poder Judiciário, pode muito bem justificar a prática de atos em horários diversos do expediente (art. 212).

Como examina Alice Bianchini, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que o legislador considera que o “período noturno pode atuar como fator de aumento de vulnerabilidade em razão de ser o momento em que a maior parte das pessoas repousa, gerando redução da vigilância”.<sup>559</sup> O argumento corrobora que determinadas situações de risco social autorizam a prática de atos processuais em horário noturno, exegese que pode ser estendida a outros grupos vulneráveis, à luz do princípio da proteção integral.

#### 6.3.7.1.5 Realização de atos jurisdicionais no lugar indicado pela pessoa vulnerável

Como indica o artigo 217 do Código Processual de 2015, os atos processuais realizar-se-ão ordinariamente na sede do juízo ou, excepcionalmente, em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, da natureza do ato ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

A Codificação admite ainda que o juiz, em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento da parte, inspecione pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Já o procedimento especial de “interdição” estabelece para fins de cumprimento do interrogatório estabelecido no artigo 751, que o juiz poderá ouvir a pessoa com deficiência intelectual no local de seu domicílio, desde que difícil o deslocamento do “interditando”.

Todos estes dispositivos possuem a mesma *ratio*: sempre que a prática de ato processual implicar obstáculo geográfico ao sujeito processual ou à resolução da causa, pode ser ele realizado em sítio mais apropriado, preservando-se a garantia do acesso à justiça. Com maior rigor o ditame deve ser aplicado em conflitos envolvendo indivíduos vulneráveis, especialmente quando a distância ou a acessibilidade impedir a prática do ato ou quando sua realização no fórum puder agravar a situação da vulnerabilidade da parte.

É o caso, por exemplo, dos fóruns que não possuem a devida acessibilidade para receber pessoas com deficiência; caso de mulheres em situação de violência doméstica ou

---

<sup>559</sup> BIANCHINI, *Lei Maria da Penha...*, op. cit., p. 58.

transexuais acolhidos em abrigo sigiloso; caso de populações indígenas e comunidades quilombolas que tenham dificuldade de acesso ao Sistema de Justiça; dentre outras inúmeras situações em que a realidade impeça o comparecimento das partes para os atos processuais.

### ***6.3.7.2 Adequações pertinentes à comunicação dos atos processuais***

#### **6.3.7.2.1 Exceção à regra da citação epistolar**

As 100 Regras de Brasília destinam especial preocupação ao aperfeiçoamento das técnicas de comunicação processual envolvendo indivíduos e grupos vulneráveis. Prevê que as comunicações devem ser prestadas em tempo razoável (regra 54) e confeccionadas em termos e estruturas gramaticais simples e compreensíveis (regra 59), respondendo, assim, às necessidades intelectuais e educativas das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Para além destas preocupações, em razão do dever de adequada informação e da garantia do contraditório, observa-se que a citação da parte vulnerável pode exigir a flexibilização da regra instituída no artigo 247, caput, do Código Processual de 2015, garantindo que o ato processual seja feito pessoalmente por oficial de justiça e não por carta. É exatamente o que ocorre em relação à pessoa incapaz, prevendo a legislação processual uma exceção à regra geral da citação epistolar.

Possível imaginar, porém, outras hipóteses em que conveniente a exceção *in favor vulnerabilis*. Exemplificando estas situações, Fernanda Tartuce aponta a hipótese da pessoa analfabeta e da pessoa com deficiência visual, chamando ainda a atenção para a nulidade de citação feita em dissonância à modalidade de comunicação processual adequada.<sup>560</sup>

Acrescente-se a necessidade de flexibilização da regra da comunicação epistolar frente a pessoas em situação de rua, que raramente possuem domicílio certo, mas podem ser encontradas em albergues ou em localidades referenciais, exigindo, portanto, que se lance mão da comunicação pessoal. O mesmo se diga em relação a mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, que, por temor ou em razão do risco tenham abandonado o lar conjugal, refugiando-se em localidade diversa ao domicílio familiar. Também em face de imigrantes ilegais e refugiados que não tenham domicílio certo por ausência de visto ou autorização consular, dentre outras situações recorrentes na defesa dos direitos destes indivíduos.

---

<sup>560</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 291-296.

Consoante se verifica, diversas são as possibilidades práticas de exceção à regra da comunicação por carta em se tratando de indivíduos vulneráveis.

#### 6.3.7.2.2 Utilização de meios eletrônicos em favor da parte vulnerável

Sem adentrar em intrincadas discussões a respeito do tema, constata-se que a informatização de atos processuais aponta hoje um caminho (sem volta) pelo qual se envereda o processo e a Administração Judiciária, podendo representar um processo de facilitação de acesso à justiça às partes vulneráveis, especialmente no tocante à intercomunicação digital entre partes e juiz, acessibilidade tecnológica remota (consulta de autos, peticionamento eletrônico etc.) e colheita de provas (ex: videoconferência).

Cite-se como exemplo a possibilidade de comunicação eletrônica de réus em decisões que fixem medidas protetivas de urgência em favor de mulheres vítimas de violência doméstica, os quais, muito embora não encontrados por oficial de justiça, seguem ameaçando às vítimas via aplicativos eletrônicos (ex: correio eletrônico, aplicativo *whatsapp*, rede social *facebook* etc.). Frise-se a importância da comunicação processual eletrônica e informal nestes casos, seja como forma de fazer cessar a violência contra a pessoa em condição de vulnerabilidade, seja como forma de impor o marco temporal caracterizador de eventual descumprimento das medidas protetivas, cujas consequências podem até mesmo conduzir à prisão em flagrante delito do agressor (art. 24-A, Lei 11.340/2006).

Registre-se, ainda, a possível informalidade em termos de comunicação processual da própria vítima, a qual, nos termos do artigo 21 da Lei Maria da Penha, detém o direito de ser notificada a respeito dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente os de ingresso e saída da prisão.

De outra banda, os meios eletrônicos de citação evidentemente não poderão impedir o acesso à justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, o que implicaria vilipêndio não apenas a seus princípios informadores, mas também aos propósitos instrumentais tecnológicos. A utilização de tais meios deve ser feita, portanto, *in favor vulnerabilis*.

Como especifica o artigo 193 do Código Processual de 2015 e a Lei nº 11.419/2006, a prática de atos processuais eletrônicos – o que envolve não apenas a produção e a comunicação de atos, mas também o seu armazenamento e validação – não podem deixar de observar a publicidade, o acesso, a disponibilidade, a participação das partes e de seus

procuradores (art. 194) e a confidencialidade nos casos que tramitem em segredo de justiça (art. 195), sob pena de invalidade.

Neste sentido, aliás, prevê o artigo 199 que as unidades do Poder Judiciário assegurarão acessibilidade aos meios eletrônicos para a prática de atos judiciais às pessoas com deficiência. A melhor hermenêutica do dispositivo em comento é aquela que estende essa acessibilidade aos idosos não incluídos digitalmente, bem como a todos aqueles grupos que ostentem especial dificuldade frente à informatização do processo (ex: populações indígenas, imigrantes etc.).

### ***6.3.7.3 Adequações pertinentes aos prazos processuais***

Em matéria de procedimento, apesar das supressões ocorridas durante a tramitação do Projeto do CPC no Senado Federal,<sup>561</sup> manteve-se ao longo dos poderes estampados no artigo 139 a possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais, observada a necessidade do conflito e a maior efetividade à tutela do direito. E nem poderia ser diferente, à luz do equilíbrio buscado pelo Código Processual em relação ao publicismo e o privatismo processual, considerando que a adequação de prazos também foi estendida às partes via convenções processuais (art. 190 e 191). Soaria contraditório permitir às partes a adequação de prazos e impedir a flexibilização judicial.

Conforme já sustentado neste trabalho, antes de mera possibilidade, a adequação do procedimento em favor da parte vulnerável ergue-se enquanto dever judicial, obrigação estatal decorrente da inadmissibilidade de omissão normativa na proteção de direitos humanos de grupos historicamente discriminados. Sob esta ótica, sempre que o prazo legal puder tornar ineficaz a tutela do direito reclamado, recomendada será a flexibilização, adaptando a forma de contagem ou a quantidade do prazo à condição de vulnerabilidade apresentada pela parte.

Em determinadas situações, antevendo a necessidade de adequação, a própria legislação excepciona a regra geral de contagem de prazos estabelecida pelo Código Processual de 2015. É o caso do artigo 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, opondo-se à regra geral de 15 dias para a interposição recursal, estabelece que todos os recursos

---

<sup>561</sup> Referimo-nos aos artigos 107 (“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”) e 151, §1º (“Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. §1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste).

afetos a procedimentos da Justiça da Infância e Juventude serão interpostos no prazo de 10 dias, com a exceção da oposição de embargos de declaração.

De outro giro, perfeitamente possível imaginar que a adequação dos prazos se desenvolva via adequação judicial concreta, à luz da cláusula-geral do artigo 139, inciso IV. Registre-se, nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o prazo em dobro para recorrer às comunidades indígenas, à revelia de disposição legal expressa.<sup>562</sup>

Viável cogitar de outros exemplos, tais como a ampliação do prazo para contestar em favor de refugiados e imigrantes com dificuldades de regularização de sua situação perante as autoridades brasileiras, assim como o aumento do prazo para a mulher em situação de violência abrigada contestar o pedido de divórcio cumulado com partilha de bens aforado pelo marido agressor.

Registre-se que a flexibilização pode recair tanto sobre o prazo, quanto sobre o *dies a quo* para o início da contagem. Exemplificadamente, caso o magistrado entenda pela não designação da sessão de conciliação e mediação em processo familiar envolvendo pessoa vulnerável em situação de violência, poderá determinar que o prazo para contestação se inicie da data da juntada do mandado citatório aos autos e não da data da sessão preliminar de conciliação ou mediação.

### 6.3.8 Convenções processuais

Vencendo antiga barreira publicista do processo,<sup>563</sup> os artigos 190 e 191 da Codificação de 2015 estabeleceram a possibilidade de sujeitos processuais firmarem

---

<sup>562</sup> ESTATUTO DO ÍNDIO. PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER. BENEFÍCIO FAZENDÁRIO. REMOÇÃO DE COMUNIDADE INDÍGENA. INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. I - Constatado que o Estatuto do Índio - Lei nº 6.001/73, estende aos interesses do patrimônio indígena os privilégios da Fazenda Pública, dentre eles a concessão de prazo em dobro para recorrer - artigo 188, do CPC, é de se considerar tempestivo o agravo regimental interposto pela Comunidade Indígena Gavião da Montanha contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial por ela interposto. II - Ainda que a legislação preveja, em casos de remoção de comunidade indígena, o ressarcimento dos prejuízos, o aresto recorrido, para negar tal pedido, entendeu que não houve comprovação do alegado prejuízo e, ainda, que o valor anteriormente recebido, e não pleiteado como restituição em razão da nulidade da respectiva escritura, teria sido suficiente. Inviabilidade de reexaminar tais questões no âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. III - Agravo regimental improvido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 990085-PA**. Rel. Min., Francisco Falcão, j. 19.02.2008.

<sup>563</sup> “[...] no quadro publicista, criou-se então uma cultura processual que via na lei a única fonte normativa no processo e no Estado-juiz a figura dominante do procedimento. Toda tentativa de resgatar, em alguma medida, o papel das partes, admitindo os negócios jurídicos processuais, vem sendo tachada de ‘privatização do processo’; qualquer iniciativa para fortalecer os espaços de liberdade na conformação das situações processuais e do procedimento é avaliada como um ‘retrocesso’, rapidamente rotulada de ‘neoprivatismo’ ou ‘neocontratualismo’, ironizada como fora de eixo ou como algo ‘nostálgico’, qual o desejo de retorno ao

convenções processuais sobre o procedimento.<sup>564</sup> A convencionalidade proposta pelo Código de 2015 dialoga, nessa perspectiva, com o ideal de democratização do espaço público decisório (art. 9º e 10) e com a diretriz cooperativa do processo (art. 6º), visando um equilíbrio entre os sujeitos processuais na organização do formalismo processual.<sup>565</sup>

Conforme reza o artigo 190, lícito que as partes estipulem convenções sobre o procedimento a fim de ajustá-lo às especificidades da causa. Igualmente permitido que convençionem a respeito dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Dois seriam, de outra banda, os requisitos de validade para a formação dos acordos processuais: capacidade de parte (sujeito) e direitos que admitam autocomposição (objeto). Tais requisitos são complementados pelo parágrafo único, que limita a formação de convenções processuais em caso de nulidades, inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou desequiparação decorrente da presença de situação manifesta de vulnerabilidade.

É preciso perceber, porém, que o magistrado não figura como parte nas convenções processuais, mantendo-se a elas vinculado independentemente de prévia homologação do acordo.<sup>566</sup> Possível concluir que, no bojo de uma convenção processual, cumpre ao juiz um papel fiscalizatório *a posteriori*, não podendo o agente estatal investido de jurisdição operar um juízo prévio de conveniência acerca do negócio jurídico processual entabulado.<sup>567</sup>

---

privatismo do direito romano antigo”. CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 202-203.

<sup>564</sup> “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”. CABRAL, **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 74. Na doutrina brasileira, conferir ainda: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *In: Temas de direito processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1994; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 1, out-dez, 2007; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013; GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Coleção grandes temas do novo CPC. Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75-92; RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>565</sup> “o atual momento ideológico aponta para que a teoria processual siga além do publicismo, mas a partir dele. O déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal”. GODINHO, **Negócios processuais sobre o ônus da prova...**, op. cit., p. 32.

<sup>566</sup> “As convenções processuais, tão logo sejam celebradas, atingem os efeitos pretendidos pelas partes. É o que dispõe o art. 158 do CPC/73 e o art. 200 do CPC/2015. E essa eficácia independe de manifestação, aprovação ou intermediação de nenhum outro sujeito. Por esses motivos, os acordos processuais podem ser enquadrados no conceito de atos processuais determinantes”. CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 69.

<sup>567</sup> *Ibid.*, p. 70-71.

Diferentemente, no caso da calendarização processual (art. 191), o magistrado necessariamente participa ao lado das partes na formação do acordo processual, permanecendo vinculado ao pactuado em razão da própria homologação por ele operada. É o que, aliás, dispõem os parágrafos 1º e 2º do artigo 191.

Toda esta valorização do autorregramento da vontade<sup>568</sup> no Código Processual de 2015 favorece a concretização da adequação da tutela jurisdicional em favor de indivíduos vulneráveis. Na expressão de Antonio do Passo Cabral, permite-se a passagem de uma concepção de *justiça prêt-a-porter* para uma justiça feita sob medida (*tailor-made*).<sup>569</sup>

Chama a atenção, ademais, o enfoque conferido pela legislação à possibilidade de controle *ope iudice* das cláusulas de convencionalidade à luz da vulnerabilidade da parte. São aspectos analisados a seguir.

#### **6.3.8.1 Limites à autonomia privada pela vulnerabilidade da parte**

O Código Processual de 2015 foi muito feliz ao incluir a vulnerabilidade como limite à autonomia privada manifestada na formação das convenções processuais. Esta é, aliás, a única previsão adotada em relação à vulnerabilidade, fato que, embora criticável pela solidão do dispositivo, não impede – ao contrário reforça – o uso da vulnerabilidade enquanto ferramenta heurística no campo do Direito Processual, critério para a promoção da isonomia e do reconhecimento de identidades socioculturais no processo.

De acordo com o parágrafo único do artigo 190, o juiz deverá controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhe a aplicação diante da presença de manifesta situação de vulnerabilidade. Interessante observar que o Código estabelece verdadeira questão prejudicial em relação ao controle de validade das convenções processuais, isso porque, antes de fiscalizar a convenção em si, deverá o magistrado verificar se alguma das partes se encontra (ou não) em situação de vulnerabilidade, podendo ainda este concluir por uma situação manifesta ou não de risco ou fragilidade.

---

<sup>568</sup> “O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade”. DIDIER JR., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC. Negócios processuais**. 3. ed.. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31-37.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 226.

Como lembra Antonio do Passo Cabral, por razões diversas, a “desigualdade entre os acordantes pode fazer com que a parte mais fraca, econômica ou culturalmente, seja oprimida pelo poder do mais forte, emitindo uma vontade viciada”.<sup>570</sup> Nesta ótica, a vulnerabilidade que gere assimetrias entre os convenientes, rompendo com o equilíbrio que o formalismo pretende emprestar ao procedimento, impõe o controle da validade da convenção pelo Poder Judiciário, evitando que “o mais fraco seja subjugado pelo mais forte”.<sup>571</sup>

Assim, para além do controle desenvolvido à luz dos requisitos gerais do ato jurídico estabelecidos nos artigos 104 e 166 do Código Civil de 2002 (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei e boa-fé objetiva), compreende-se que o juiz deve se debruçar especificamente sobre o contexto relacional que permeou a formação do acordo processual pela parte vulnerável, avaliando se aquela convenção foi precedida de informação clara e suficiente, bem como se efetivamente implica prejuízo à parte.

Como exemplos possíveis, seria possível citar negócios jurídicos pré-processuais que imponham custos desproporcionais ao sujeito vulnerável, limitando a comunicação de atos processuais em contraste ao contraditório; que impossibilitem a acessibilidade geográfica em termos de acesso à produção da prova; que restrinjam a assistência técnica jurídica prestada por advogado ou defensor público no momento da avença; dentre outras situações em que a pessoa vulnerável se subordine à vontade exclusiva da contraparte.<sup>572</sup>

A avaliação do magistrado deve ainda recair sobre as circunstâncias específicas da vulnerabilidade do sujeito, como é o caso de pessoas com deficiência, que podem ver comprometida sua atividade intelectual no momento da prática do ato, necessitando de um auxílio ou apoio em sua decisão (art. 1.723-A, CC/2002).

Antonio do Passo Cabral analisa a situação das populações indígenas, que, embora juridicamente capazes, recomendam cautela na aferição jurisdicional do consentimento e nos atos de disposição de vontade a respeito do procedimento e das situações jurídicas processuais em razão de suas peculiaridades culturais.<sup>573</sup>

---

<sup>570</sup> CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 365-366.

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 365-366.

<sup>572</sup> CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 320.

<sup>573</sup> “De início, se os povos ainda usam a língua tradicional, impõem-se a presença de um intérprete. Deve-se valer também da usual intervenção de um antropólogo [...]. Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem desenvolvido outros parâmetros. Entende-se que deve haver prestação de informação de fácil acesso e compreensão, que deve ser permanente durante todo o processo de negociação. Ademais, devem ser buscados interlocutores legítimos para as tratativas (as instituições representativas dos povos interessados). O procedimento de negociação deve ser também “culturalmente situado”, relacionado aos costumes e tradições de cada povo. Por exemplo, deve ser assegurado um tempo de reflexão e discussão interna na própria comunidade antes da manifestação da vontade, e esse tempo deve levar em conta seis próprios métodos de tomada de decisão”. *Ibid.*, p. 322.



Caso entenda pela necessidade de limitação, o juiz deve avaliar se a projeção das consequências negativas irão agravar todas as posições jurídicas ativas e passivas exercidas pela parte vulnerável ao longo do procedimento ou apenas parcela dos atos jurídicos processuais, evitando a anulação de convenções que possam beneficiar a parte vulnerável em momento futuro, mas que, para aquele ato momentâneo, afigurem-se manifestamente desvantajosas. É preciso, nessa linha, recordar que as interações processuais são dinâmicas, de modo que o exame acerca do equilíbrio ou não das posições deve ser efetuado sempre em relação a um contexto situacional específico.<sup>574</sup> Registre-se a respeito o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que entende haver indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

Por fim, na interpretação das cláusulas e acordos processuais, o princípio do *in dubio pro vulnerabilis* deve orientar a atuação do magistrado, em analogia ao que estabelece o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

### 6.3.8.2 A possibilidade de sujeitos vulneráveis firmarem convenções processuais

Em que pese o Código Processual permita o controle sobre os acordos processuais firmados em caso de manifesto desfavorecimento de sujeitos vulneráveis, importante elucidar que o diploma não impede que pessoas vulneráveis firmem convenções processuais em seu benefício. Perfeitamente possível, portanto, que indivíduos vulneráveis celebrem acordos processuais, ampliando prazos, facilitando a produção da prova ou conferindo oportunidade de ajuizamento de demanda em foro mais próximo de sua residência.<sup>575</sup>

Como ensina Antonio do Passo Cabral, tal situação pode ser visualizada em relação a pessoas com deficiência, crianças e adolescentes (desde que devidamente assistidas ou representadas) e populações indígenas, observado, quanto a estas últimas, condições peculiares em termos de língua, usos, costumes e tradições. Acrescente-se aos grupos citados pelo processualista carioca as mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, os

---

<sup>574</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 35-80. Também Rafael Sirangelo de Abreu: “cada posição processual deve ser vista em concreto (e nas suas relações com as demais posições), com atenção à função conferida àquele determinado ato processual e às alternativas possíveis àquele sujeito naquele determinado momento. Trata-se, portanto, de verificar a igualdade de possibilidade de desempenho pleno do contraditório, entendido como direito de influência”. ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC. Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 319.

<sup>575</sup> CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 315.

idosos, os imigrantes e refugiados, as comunidades quilombolas, além das pessoas em situação de rua.

Nesta linha, muito embora o magistrado esteja incumbido de promover o controle de validade posterior da convenção processual, fiscalizando eventuais hipóteses de desequilíbrios concretos que impliquem *déficit* ou obstáculo indevido ao acesso à justiça a uma das partes, não se deve simplesmente afastar a validade *a priori* das convenções firmadas por sujeitos vulneráveis, desde que observada a capacidade de parte e a transacionabilidade do objeto.

Exemplificando, permite-se que pessoas em condição de vulnerabilidade disponham sobre a ampliação ou prorrogação de prazos processuais, sobre a forma dos atos processuais (ex: meio físico ou eletrônico), sobre a eliminação de etapas procedimentais desnecessárias, sobre a calendarização das etapas probatórias ou executivas, dentre outras possibilidades que favoreçam sua atuação processual.<sup>576</sup>

Da mesma forma, possível que as convenções ofereçam campo de conformação à técnica processual, tais como a dispensa da sessão de conciliação e mediação em caso de eventual desequilíbrio entre as partes (art. 334), a modificação da competência relativa que dificulte o acesso geográfico (art. 55), a distribuição dinâmica do ônus probatório (373, §3º), a alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 139, inc. IV), a substituição de perícia por prova técnica simplificada (art. 464, §3º), a admissão de sustentação oral na fase recursal (art. 937), dentre outras adaptações que amplifiquem o processo justo.

Sem embargo, nada impede que as convenções processuais se destinem a adequar o procedimento na fase executiva, como, *verbi gratia*, pela realização da calendarização do cumprimento de sentença (art. 191), pelo acordo de dispensa de caução para fins de cumprimento provisório (art. 520, inc. V), pela aplicação do parcelamento ao cumprimento de sentença (art. 916), pelo acordo de redução da multa legal em razão do não pagamento voluntário da obrigação (art. 523, §1º) ou pelo acordo que atribui efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525) ou aos embargos do devedor (art. 914).

Inúmeras são, portanto, as potencialidades inauguradas pelas cláusulas-gerais de convencionalidade inseridas na Codificação de 2015, as quais oferecem terreno fértil à concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequado às pessoas em situação de vulnerabilidade. Ilegítimo o fechamento desta porta aos vulneráveis.

---

<sup>576</sup> Ainda sob o prisma da duração razoável do processo, os acordos processuais emprestam maior segurança e previsibilidade ao tráfego jurídico, incrementando a certeza na interpretação-aplicação das regras processuais, além de permitirem uma melhor avaliação do custo-benefício da litigância. Neste sentido: CABRAL, **Convenções processuais...**, op. cit., p. 229-230.

### 6.3.9 Tutelas provisórias

No Livro V da Parte Geral do Código Processual de 2015 o legislador cuidou da chamada “Tutela Provisória”,<sup>577</sup> gênero do qual seriam espécies as tutelas de urgência (art. 294, par. ún.) e de evidência (art. 311). Segundo a organização projetada, as tutelas de urgência se subdividiriam em tutelas cautelares e antecipatórias,<sup>578</sup> voltando-se as primeiras à prevenção do risco ao resultado útil do processo e as segundas à antecipação (total ou parcial) dos efeitos práticos da decisão. A tutela da evidência,<sup>579</sup> a seu turno, teria por escopo a satisfação instantânea do direito afirmado diante da situação de evidência do direito. Ao contrário das tutelas urgentes, prescindiria do elemento urgência (*periculum in mora*).

Doravante, o Código Processual também suprimiu os procedimentos cautelares típicos previstos na Codificação de 1973, eliminando a autonomia procedimental das cautelares incidentais atípicas. Unificou o procedimento das tutelas sumárias,<sup>580</sup> evitando a chamada duplicidade procedimental.<sup>581</sup> Deste modo, as técnicas de antecipação e acautelamento

<sup>577</sup> “As tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial. Representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material”. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1...**, op. cit., p. 615.

<sup>578</sup> Na doutrina estrangeira, é comum que o estudo das tutelas de urgência esteja atrelado à rubrica “tutela cautelar”. Neste sentido: TARZIA, Giuseppe. *Considerazioni conclusive. Les mesures provisoires em procédure civile*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 315; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. Vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 1969; ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil: proceso cautelar. Vol. 5*. Buenos Aires: Depalma, 1977; CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971; CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. No Brasil, conferir: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomos 8 e 12**. Rio de Janeiro: Forense, 1976; LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Medidas preventivas**. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, n. 53, 1958; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009; \_\_\_\_\_. **Teoria da ação cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas. In: **Temas de direito processual. Oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004; THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. 25. ed. São Paulo: LEUD, 2010; MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>579</sup> “[...] o objetivo da tutela da evidência está em adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo, tomando a maior ou menor consistência das alegações das partes como elemento para distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo”. MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória, **Revista de Processo**, v. 36, n. 197, jul./2011, p. 41. Entre nós, conferir também: FUX, Luiz. **Tutela da segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>580</sup> Há quem afirme, para além desta uniformidade procedimental, uma unidade ontológica entre as tutelas sumárias, ainda que com variações de densidades no que toca aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Neste sentido, conferir: COSTA, José Eduardo da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>581</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo**

passaram a incidir sobre todas as espécies de procedimento, englobando tanto o procedimento comum, quanto os procedimentos especiais (salvo na presença de regulamentação específica).

Incluiu, ademais, um procedimento diferenciado a permitir o requerimento de tutelas provisórias cautelares e antecipadas na forma antecedente (arts. 303 a 304; 305 a 310), conferindo oportunidade de estabilização dos efeitos da tutela satisfativa frente ao conformismo do réu (art. 304).<sup>582</sup> Por fim, acrescentou um procedimento específico à tutela fundada na evidência (art. 311), exemplificando as hipóteses em que admitida a satisfação liminar (incs. II e III), a satisfação decorrente do abuso de direito de defesa e da conduta protelatória da parte (inc. I), assim como a satisfação por oferecimento de contestação inidônea (inc. IV).

Desnecessário discorrer sobre o quanto a democratização das tutelas provisórias urgentes é importante para a tutela jurisdicional adequada de indivíduos e grupos vulneráveis. Por caracterizarem segmentos sociais submetidos a processos históricos de injustiça social, estes indivíduos se veem inseridos em condições de risco com maior facilidade que o restante da população, situações estas que são agravadas em razão da ausência ou má prestação de políticas públicas envolvendo direitos sociais básicos, demandando, como consequência, uma pronta atuação do Poder Judiciário para garantia de direitos.

Salta aos olhos, neste aspecto, a importância de instrumentos de valorização da tempestividade processual, expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional.

### ***6.3.9.1 Medidas protetivas de urgência***

As medidas protetivas de urgência consubstanciam genuínas ações autônomas de conhecimento, que tem por escopo prevenir violações a direitos humanos e garantir a proteção de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Para muito além de meras tutelas provisórias, estas medidas ligam-se à pronta necessidade de se garantir salvaguarda a direitos da personalidade. Constituem, por isso, expressão da denominada tutela jurisdicional humanista, a qual se volta precipuamente à pessoa e não à tutela abstrata de direitos.

Na legislação, é possível colher diversos exemplos das medidas protetivas de urgência, destacando-se as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 98 a 102),

---

**Civil. Vol. 2.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 206.

<sup>582</sup> “Em substância, pois, a estabilização da tutela antecipada é rigorosamente dependente do total conformismo do réu, que, não recorrendo, não contestando e não opondo qualquer outra resistência, sujeita-se a ela e aos seus efeitos duradouros”. DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III**, op. cit., p. 893.

do Estatuto do Idoso (arts. 43 a 45), da Lei Maria da Penha (arts. 18 a 23), da Lei Brasileira de Inclusão (art. 10, par. ún.) e da Lei de Migração (art. 4º, inc. IV).

Embora não haja no Direito Processual brasileiro uma teorização sistemática em torno das medidas protetivas de urgência, é possível delinear suas principais características, a saber: i) tem por escopo precípua a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade sociocultural; ii) regra geral, independem da efetiva comprovação do dano, voltando-se à prevenção da violação de direitos e garantias fundamentais; iii) fundam-se essencialmente no dever geral de cautela do juiz em relação à proteção de segmentos da população especialmente protegidos; iv) admitem exceção à exigência do pressuposto processual da capacidade postulatória, autorizando que a própria pessoa, independentemente de advogado, postule sua proteção em juízo; v) caracterizam-se pela fungibilidade, substitutividade e atipicidade (ou não-taxatividade); vi) demandam a intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos legis*; vii) admitem a flexibilização das regras de competência territorial em favor da parte; viii) excepcionam a regra geral de comunicação epistolar em favor da intimação pessoal; ix) o indeferimento desafia, regra geral, o recurso de agravo de instrumento; x) admitem tutelas específicas e medidas executivas atípicas para sua implementação.

A respeito de sua natureza jurídica, importa chamar a atenção para um ponto específico: embora as medidas protetivas de urgência possam veicular tutelas provisórias tipicamente cautelares (ex: prestação de caução provisória pelo agressor e manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses), tais modalidades tutelares não definem ou esgotam a natureza das medidas protetivas de urgência, tampouco condicionam seu procedimento às regras do processo cautelar.

Como visto, vige em relação às medidas protetivas de urgência o princípio da atipicidade ou não-taxatividade,<sup>583</sup> permitindo-se a vinculação de variadas espécies de tutelas<sup>584</sup> à luz da situação de vulnerabilidade da pessoa afirmada. Daí, inclusive, a independência procedimental reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante às

---

<sup>583</sup> “Em várias oportunidades, o legislador deixa claro que as medidas por ele estabelecidas são meramente exemplificativas. É o que se depreende do *caput* dos arts. 22, 23 e 24, e do §1º do art. 22. Pode-se dizer, então, que subsiste um verdadeiro princípio da atipicidade das medidas protetivas de urgência, o que corrobora a tendência, já estabelecida no ordenamento processual civil no que diz respeito à tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro [...]”. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o novo CPC. *In*: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (org.). **Legislação processual extravagante**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 152.

<sup>584</sup> Concordando com a viabilidade de se buscar variadas tutelas, ensina Maria Berenice Dias: “[...] há a necessidade de buscar a tutela jurisdicional prevista na lei processual civil, tanto a tutela inibitória para inibir a prática do ilícito, como a tutela reintegratória para remover ou impedir sua continuação”. DIAS, **A lei Maria da Penha na justiça...**, op. cit., p. 149.

medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha,<sup>585</sup> as quais podem subsistir à margem de inquéritos policiais ou processos criminais. Não ostentam, portanto, a nota característica da acessoriedade, independentemente seu desfecho da sorte ou do resultado útil de qualquer outro processo.

Como recorda Maria Berenice Dias, o escopo das medidas protetivas de urgência é o de proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não seriam, portanto, necessariamente preparatórias de qualquer outra demanda judicial, afinal “não visam processos, mas pessoas”.<sup>586</sup>

Justamente por pretenderem prevenir situações de violações de direitos humanos, as medidas protetivas independem da caracterização do dano para sua concessão, bastando que a parte demonstre a potencial prática de um ilícito ou abuso de direito caracterizador de um risco que justifique a proteção encetada.

Como ensina a doutrina, admite-se a concessão da tutela inibitória em caráter liminar diante da “probabilidade do ilícito” e do “risco justificado”.<sup>587</sup> O primeiro requisito, assim, correlaciona-se com a probabilidade da ocorrência de um ato contrário ao direito, o qual deve permitir, por meio de cognição sumária, um juízo provisório sobre a veracidade das alegações e a probabilidade de um ato ilícito vir a ocorrer, ainda que à mercê de prova inequívoca. O segundo, por sua vez, vincula a concessão a uma situação de risco ao direito protegido (ex: integridade física da vítima), fundamentando, independentemente da existência

---

<sup>585</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1419421/GO**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 11/02/2014. Tal entendimento encontra ainda supedâneo na recente jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que em decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Criminal, nos autos da Apelação nº 0017860-23.2014.8.26.0002, assim argumentou: “*O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial*”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2ª Câmara de Direito Criminal. **Apelação nº 0017860-23.2014.8.26.0002**. Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 13/06/2016.

<sup>586</sup> DIAS, *A Lei Maria da Penha na justiça...*, op. cit., p. 147-148. Também neste sentido: LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público - artigos 25 e 26. *In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011, p. 327-336.

<sup>587</sup> MARINONI, *Tutela Inibitória: individual e coletiva...*, op. cit., p. 160-163.

de perigo de dano, a necessidade de pronta intervenção judicial, sob pena de ineficácia do provimento final.<sup>588</sup>

Tomando por base estas premissas, advoga-se que os pressupostos de antecipação da tutela inibitória pendem potencializados sob o prisma das legislações protetivas, tornando a verticalidade da cognição ainda mais sumária frente à situação de violência verificada. Sempre, portanto, que estiverem em situação de risco pessoal, pessoas em situação de vulnerabilidade podem fazer uso de medidas protetivas de urgência para a proteção de seus direitos fundamentais.<sup>589</sup>

### 6.3.9.2 A concessão “*ex officio*” da tutela liminar

Em sua obra, Fernanda Tartuce chama a atenção para a possibilidade de antecipação de tutela *ex officio* pelo magistrado, ainda que não requerida pela parte, vinculando esta situação à limitação técnica do sujeito processual.<sup>590</sup> Indica como exemplo a concessão *ex officio* de um benefício previdenciário em caráter liminar a um litigante idoso e incapacitado por doença grave, o qual, por contingências que lhe escapam a sorte, viu-se carente de representação técnica adequada. Como conclui a autora, mesmo faltando o requerimento do patrono, com base no princípio da efetividade da jurisdição e no respeito à dignidade da pessoa humana o juiz pode proceder à concessão de ofício da tutela antecipatória.<sup>591</sup>

Não há como discordar que determinadas situações excepcionais podem demandar a atuação oficiosa do juiz, especialmente quando a situação de risco iminente de perecimento de direitos indisponíveis protegidos (tal como a vida e a integridade física), em cujos autos haja prova suficiente de sua verossimilhança.<sup>592</sup> Há, nesta ótica, quem sustente a

<sup>588</sup> Ibid., p. 160-163.

<sup>589</sup> Admitindo a aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha a outros indivíduos vulneráveis, tais como crianças, adolescentes e idosos, esclarece Alice Bianchini: “tal entendimento decorre do mandamento constitucional, bem como da interpretação a ser dada à nova redação do art. 313, inc. III, do CPP, o qual, após o advento da Lei n. 12.403/2011, prevê, expressamente, a possibilidade de decretação da prisão preventiva (que é uma medida protetiva de urgência prevista na lei Maria da Penha) ”se o crime envolver violência doméstica e familiar contra [...] criança, adolescente, idoso, [...] para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. [...] Agiu bem o legislador ao prever tal possibilidade, pois é imprescindível socorrer-se dela para salvaguardar direitos de crianças, adolescentes e idosos – mulher ou homem - vítimas de violência doméstica e familiar, desde que constatada situação de vulnerabilidade no caso concreto, sob pena de incorrer na violação ao princípio da proibição de proteção deficiente“. BIANCHINI, **Lei Maria da penha...**, op. cit., p. 57-58.

<sup>590</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 324-326.

<sup>591</sup> Ibid., 324-326.

<sup>592</sup> BEDAQUE, **Tutela cautelar e tutela antecipada...**, op. cit., p. 413.

possibilidade de concessão *ex officio* e *inaudita altera pars* das medidas protetivas de urgência à mercê de pedido expresso de mulher em situação de violência doméstica ou familiar.<sup>593</sup>

Sob o prisma da vulnerabilidade sociocultural, contudo, é preciso interpretar esse modo de proceder *cum grano salis*. Entende-se que o magistrado deve sempre buscar a oitiva prévia da parte vulnerável, valendo-se inclusive de meios informais ou extraoficiais (ex: comunicação por telefone), antes de garantir a tutela *ex officio* em caráter liminar. Evita-se, com isso, proteções jurisdicionais descontextualizadas. Não se pode olvidar que por mais bem intencionado que seja o juiz, seu ideal de “bom” e “justo” pode não se adequar as perspectivas étnicas ou culturais de uma pessoa em situação de vulnerabilidade, podendo sua conduta ainda contrastar frontalmente com o “projeto de vida” da pessoa tutelada, o que invariavelmente colocará em xeque à efetividade da proteção a ela dirigida, podendo até mesmo descambar para situações de violação de direitos humanos.

Relembre-se, neste aspecto, o já citado caso da condução coercitiva e esterilização compulsória de uma mulher em situação de rua sem prévio consentimento ou oportunidade de contraditório, o qual fora determinado, porém, como forma de “proteção” estatal dirigida à pessoa.

Em outras situações, as próprias circunstâncias étnicas e culturais da parte vulnerável podem dificultar uma concessão *ex officio* das medidas protetivas de urgência, como é o caso, *verbi gratia*, de mulheres indígenas em situação de violência, em que o afastamento da aldeia entra em rota direta de colisão com o senso de pertencimento da tribo, maculando possibilidades de futura reintegração.

Isso não significa que, em situações excepcionais, o juiz não possa conceder liminarmente a tutela protetiva *inaudita altera pars* (ex: pessoa em coma após acidente de trânsito; recém-nascido indígena submetido a ritual de infanticídio etc.). Caso ocorram, tais situações devem receber pronta atuação do Poder Judiciário, evitando-se a violação de direitos humanos fundamentais. O que não se pode admitir, porém, é que podendo ouvir previamente a parte vulnerável, o juiz assim não o faça, nutrindo a falsa premissa de que agentes públicos “sabem o que é melhor” para a pessoa vulnerável.

Ademais, a proposta aqui considerada concretiza a um só tempo o contraditório substancial incluído no artigo 10 do CPC/2015, assegurando o direito de influência e vedação à decisão surpresa, assim como os direitos à autonomia da vontade, liberdade de escolha e

---

<sup>593</sup> CUNHA; PINTO. **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada...**, op. cit., p. 124; SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 112-113.



participação da parte vulnerável nos rumos concernentes à seus próprios interesses. Cite-se, ademais, o princípio da não fruição obrigatória da ação afirmativa, insculpido no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei Brasileira de Inclusão, cuja hermenêutica é clara no sentido de que, na ausência de concordância livre e informada, nenhum indivíduo vulnerável pode ser coagido a concordar com discriminações positivas instituídas em seu favor, em valorização à sua autonomia e liberdade individual.

### **6.3.10 Procedimento comum**

#### ***6.3.10.1 Fase postulatória***

##### **6.3.10.1.1 Adaptações pertinentes aos requisitos da petição inicial**

O artigo 2º, primeira parte, do Código Processual de 2015, revela a aceitação em nossa sistemática da inércia da jurisdição e do princípio dispositivo, sobretudo ao indicar que “o processo começa por iniciativa da parte”. Em outras palavras, o processo tem seu início marcado pela postulação em juízo, o que torna a petição inicial o instrumento físico da demanda.<sup>594</sup>

Para alcançar seus desideratos, porém, a petição inicial carece do cumprimento de alguns requisitos e pressupostos situados no plano da perfectibilidade do ato jurídico postulatório. Estes requisitos estão indicados no artigo 319 da nova Codificação de 2015.

Em relação à tutela jurisdicional em favor das pessoas em condição de vulnerabilidade, dois aspectos da petição inicial merecem consideração.

- a) respeito ao nome social em demandas envolvendo o reconhecimento de identidade de gênero

Nos termos do inciso II do artigo 319, a petição inicial deverá indicar: “os nomes e prenomes do autor e do réu”. Extraí-se, do dispositivo legal, o dever de cumprir com a identificação precisa dos sujeitos da demanda.

---

<sup>594</sup> DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil, vol. III...*, op. cit., p. 426.

Ocorre que em demandas que possuam como pano de fundo o reconhecimento de identidades de gênero, como nas ações de retificação de registro civil envolvendo transexuais, indispensável que o respeito ao nome social indicado pelas partes se desenvolva ao longo de todo o arco procedimental, evitando-se atitudes que reforcem a estigmatização ou o não-reconhecimento do sujeito vulnerável.

Aliás, foi justamente percebendo a situação corriqueira de violações, que a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73/2018 regulamentando a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil de Pessoas Naturais, garantindo-se o respeito à autonomia da pessoa (art. 4º) e o sigilo em termos de conteúdo registral de certidões (art. 5º).

O respeito ao nome social no processo caminha, ademais, ao encontro do Princípio nº 19 dos Princípios de Yogyakarta sobre Orientação Sexual de 2006, o qual assegura que os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar o pleno gozo da liberdade de opinião e expressão, respeitando a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, além da escolha do nome. Referido documento é adotado como referência protetiva e baliza interpretativa pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, fonte jurídica de proteção à igualdade e combate a discriminação por orientação sexual.

Nesta linha, impõe-se a todos os atores processuais, o respeito ao nome social em demandas que tenham como questão de fundo pretensões identitárias.

- b) flexibilização da regra de qualificação em caso de pessoas em situação de rua e pessoas vítimas de violência acolhidas ou abrigadas

O domicílio consubstancia um dos dados qualificativos de maior relevância da petição inicial, dado ser ele o responsável por franquear a comunicação processual das partes no processo. Em muitas situações, porém, o apontamento do endereço pode não ser de trivial consecução, especialmente quando a condição de vulnerabilidade alinhar-se à ausência de moradia fixa, caso típico das pessoas em situação de rua.

Outra situação bastante corriqueira revela-se pela impossibilidade de indicação do domicílio de pessoas em situação de violência, as quais, em razão do risco à vida ou à integridade física, estejam acolhidas ou abrigadas em sítio protetivo sigiloso. Tal ocorre, com

grande frequência, em relação a mulheres e transexuais em situação de violência doméstica ou familiar, mas também se avulta presente na tutela de crianças e adolescentes ameaçadas de morte pela delinquência organizada.

Em todos estes casos, a regra da indicação do endereço deve ser flexibilizada, atentando-se para a disposição inserida no artigo 319, parágrafo 3º, que preconiza: “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”. A proposta é que demandas protetivas não sejam indeferidas por dificuldade na qualificação das partes.

Como saídas à qualificação das pessoas em situação de rua, possível ainda cogitar da aplicação analógica do disposto no artigo 319, parágrafo 1º, que dispõe “caso não disponha das informações previstas no inciso II, o autor poderá requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção”. Já no que toca a pessoas em situação de risco ou violência, de todo prudente permitir ao representante da parte a entrega do endereço sigiloso em cartório, desde que respeitado o segredo de justiça.

Em todo caso, havendo o patrocínio da Defensoria Pública, possível que as comunicações processuais sejam feitas na sede do próprio órgão, excepcionando-se à prerrogativa de intimação pessoal da parte (art. 186, §2º).

#### 6.3.10.1.2 Adaptações pertinentes ao exercício do direito de defesa

##### a) dispensa do ônus da impugnação específica dos fatos

Consoante se depreende da leitura do artigo 341: “incumbe ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas”. Esta regra, dirigida ao requerido, consubstancia o equivalente sistêmico da exigência imposta ao autor para formulação de pedido certo e determinado. Assim, salvo quando a matéria versar sobre tema que não admita confissão (inc. I), se a petição estiver desacompanhada de instrumento que a lei considera da substância do ato (inc. II) ou se as alegações estiverem em contradição com a defesa considerada em seu conjunto (inc. III), a todos os réus cumpre impugnar cada uma das alegações feitas pelo autor, não lhe sendo lícito formular defesa genérica.

Compreende-se possível, porém, afastar as consequências de referido ônus processual frente a situações de vulnerabilidade que impeçam ou dificultem a dedução de toda a matéria de defesa em sede contestatória pela parte. Tal não constitui novidade no ordenamento jurídico processual, uma vez que o Código Processual de 2015 expressamente desobrigou a Defensoria Pública do ônus da impugnação especificada dos fatos alegados pelo autor, seja na atuação enquanto representante processual da parte, seja na função de curadora especial nas hipóteses do artigo 72. A benesse também se estende ao advogado dativo.

É bem verdade que, à luz da garantia constitucional de ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988), a dispensa do artigo 341, parágrafo único, merece ser interpretada a partir de alguma dificuldade concreta revelada no processo (ex: ausência de contato com a parte requerida), a qual peça seja a defesa exercida em paridade de armas.

Fato é, porém, que referida desoneração processual encontra-se prevista em nossa sistemática, sendo que diante da comprovação de obstáculo defensivo pela pessoa em condição de vulnerabilidade, torna-se imperioso admitir sua aplicação analógica, impedindo-se o desequilíbrio processual em detrimento da pessoa em condição vulnerável.

- b) não aplicação dos efeitos da revelia em caso de ausência justificada e a emenda extemporânea da defesa

Tema de vital importância para compreensão da dinâmica do processo é a *revelia*, a qual consubstancia a consequência gerada por um estado de fato omissivo referente à ausência de contestação.<sup>595</sup> Regra geral, sua caracterização independe da voluntariedade do réu, bastando a mera ausência de defesa no processo para sua ocorrência.

Segundo o Código Processual de 2015, são efeitos jurídicos da revelia: a) presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor; b) a corrida do prazo processual independentemente da intimação do réu (bastando a mera publicação no diário oficial); c) a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, integral (art. 355, inc. II) ou parcial (art. 356, inc. II).

Na linha do que defende Fernanda Tartuce, possível o afastamento das consequências processuais decorrentes do estado de fato que caracteriza a revelia, sempre que a situação de ausência se der em razão de vulnerabilidade da parte.<sup>596</sup>

---

<sup>595</sup> DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III...*, op. cit., p. 604-605.

<sup>596</sup> TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...*, op. cit., p. 297-298.

De fato, perfeitamente praticável o afastamento dos efeitos da revelia face à vulnerabilidade sociocultural de uma das partes. Um exemplo cristalino desta situação pode se verificar em relação às pessoas em situação de rua, que, após formalmente citadas, acabam demorando a procurar os serviços de assistência judiciária gratuita, apresentando contestação extemporaneamente.

Forçoso, ademais, distinguir a não existência da revelia e o afastamento de seus efeitos. Ora, é plenamente factível que a revelia se materialize no processo dada à ausência de contestação, mas não gere quaisquer de seus efeitos em razão de alguma vulnerabilidade da parte (ex: réu revel preso). Isso não significa, entretanto, que não houve revelia, considerando que esta consubstancia um estado de fato. Este é, inclusive, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.<sup>597</sup>

Fernanda Tartuce ainda admite a possibilidade de complementação da defesa após o prazo de 15 dias, caso a contestação seja apresentada de forma incompleta.<sup>598</sup> A ideia aqui se equipararia à sistemática de emenda à inicial garantida ao autor, em favorecimento à paridade de armas.

Compreende-se que tal possibilidade é reforçada pelos recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a viabilidade de emenda a inicial mesmo após a citação do réu e apresentação da contestação, em homenagem à efetividade, economia e aproveitamento dos atos processuais.<sup>599</sup>

Ora, se a promessa democrática do Código Processual de 2015 repudia a ideia de um processo civil do autor,<sup>600</sup> nada mais coerente, à luz do equilíbrio entre as partes processuais, que também ao réu seja franqueada à complementação da defesa, especialmente quando diante de situação de vulnerabilidade que impeça a pronta prática de atos processuais.

### **6.3.10.2 Fase saneadora**

A fase saneadora é aquela em que o magistrado organiza o processo, eliminando eventuais máculas que possam comprometer o seu “ser devido”, impedindo-se o regular

---

<sup>597</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 510.229/RJ**. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.11.2004.

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 303-307.

<sup>599</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.279.586-PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/10/2017.

<sup>600</sup> DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I...**, op. cit., p. 198.

desenvolvimento.<sup>601</sup> Também é a oportunidade para fixação dos pontos controvertidos da demanda, delimitando-se as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do mérito. Afigura-se, portanto, de suma importância para a projeção da atividade probatória, a qual, muito embora revele incumbência e direito das partes, deve ser orientada pelo juiz à luz do processo cooperativo (art. 6º).

No que toca à tutela das pessoas em situação de vulnerabilidade, compreende-se ser a fase de saneamento uma das mais relevantes do procedimento comum, ocasião oportuna para se averiguar: i) em que medida a vulnerabilidade alegada pela parte pode impor ilegítimo obstáculo ao processo; ii) quais instrumentos e técnicas são adequados para impedir o desequilíbrio processual entre as partes; iii) quais as modalidades de apoio que podem auxiliar o tratamento da vulnerabilidade suscitada.

Não obstante estes aspectos, outros dois pontos merecem análise.

#### 6.3.10.2.1 A atuação de equipes de apoio multidisciplinar

Como já destacado em outros momentos desta pesquisa, é impossível supor que o magistrado, sozinho, consiga captar e conferir adequado tratamento às inúmeras vulnerabilidades civis verificadas em uma sociedade multicultural. Premente, portanto, que possa este contar com a atuação de equipes multidisciplinares (assistentes sociais, psicólogos, pedagogos etc.), oferecendo um atendimento adequado aos múltiplos conflitos e às diferentes necessidades dos cidadãos que batem às portas do Poder Judiciário.

Ciente disso, as 100 Regras de Brasília asseguram a intervenção de equipes multidisciplinares no tratamento jurídico de pessoas em condição de vulnerabilidade (regras 41, 64 e 65). Também o fazem a Lei Maria da Penha (arts. 10-A e 29 a 32), o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 150 e 151) e a Lei Brasileira de Inclusão (arts. 2º, §1º, 4º, inc. I, 36, §1º).

Ressalte-se, neste aspecto, a indispensabilidade de equipes interprofissionais em demandas no âmbito da infância e juventude, em especial nos procedimentos de inclusão em acolhimento familiar ou institucional, entrega materna de filho para a adoção, colocação em família substituta, adoção nacional e internacional, internação de adolescente e perda ou suspensão do poder familiar.

---

<sup>601</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

No caso de pessoas indígenas e comunidades quilombolas, é comum que o apoio multiprofissional se dê mediante a intervenção de antropólogos e etno-historiadores, os quais embora devam auxiliar a compreensão judicial acerca das identidades tradicionais por meio de laudos antropológicos, não devem se colocar como “julgadores das verdades étnicas”, primando antes pelo respeito à autodeterminação das populações originárias e remanescentes de quilombos.

Importante consignar que o Código Processual de 2015 trouxe duas menções expressas a respeito do apoio prestado por equipes com formação multidisciplinar: a) no procedimento especial de interdição (arts. 753, §1º e 756, §2º); b) no procedimento especial de ações de família (art. 694, par. ún.). Estes dispositivos reforçam a ideia de que a intervenção de equipes interprofissionais em processos envolvendo pessoas em condição de vulnerabilidade não apenas é recomendável, como muitas vezes indispensável ao adequado tratamento da situação conflitiva.

Outrossim, muito embora se indique como momento oportuno a fase saneadora para provocar a intervenção de equipes multiprofissionais, nada impede que a o apoio se desenvolva em outras fases do procedimento, sempre que, justificadamente, a situação assim exigir.

#### 6.3.10.2.2 A convocação de órgãos responsáveis pela assistência social

A constatação da vulnerabilidade no processo pode se apresentar a partir de entraves procedimentais, como ocorre com a ausência de documentação civil envolvendo pessoas em situação de rua, com a situação de miserabilidade envolvendo o idoso, com a situação de risco e violência envolvendo mulheres, travestis ou transexuais, com a situação de abandono de crianças e adolescentes, dentre outras causas de risco social típicas do contexto brasileiro.

Frente a estas situações, advoga-se que os órgãos do Sistema de Justiça devem assumir uma postura proativa em favor da pessoa vulnerável, abandonando a inércia jurisdicional com o fim de provocar os órgãos executivos responsáveis pela implementação de políticas de assistência social, em especial as secretarias envolvendo os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e os Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS).

Enquanto direito social fundamental de *status* constitucional (artigos 6º, 203 e 204 da CF/88) a assistência social de cidadãos necessitados e indivíduos vulneráveis não pode simplesmente passar despercebida pelo Sistema de Justiça. Em razão do princípio da

solidariedade, todo órgão público e privado brasileiro tem por dever adotar ações que provoquem a reversão de situações de vulnerabilidade social, do qual não se afasta o Poder Judiciário, em especial no tocante a seus jurisdicionados.

Um bom exemplo desta prática solidária pode ser extraído do artigo 656, parágrafo 4º, do Código Processual de 2015, o qual preconiza que em conflitos possessórios multitudinários, cumprindo ao juiz intimar para a audiência de mediação coletiva os órgãos públicos responsáveis pela política agrária ou urbana onde se situe a área objeto do litígio, a fim de “manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório”. A convocação visa atender, sobretudo, a normativa internacional envolvendo remoções de pessoas, a qual garante a concomitância de políticas de reassentamento a famílias deslocadas.

A mesma *ratio* expressada acima deve ser aplicada em função de situações de vulnerabilidade social identificadas no processo. Nesse sentido, Fernanda Tartuce discute a viabilidade de serem expedidas ordens judiciais para a obtenção de informações e documentos relevantes à parte vulnerável, com base no princípio cooperativo. Como acertadamente conclui: “deve-se buscar impedir, portanto, que a parte sofra uma decisão desfavorável por não ter logrado obter informações ou documento imprescindíveis ao processo”.<sup>602</sup>

Considerando o direito fundamental à prova, corolário do devido processo legal, forçoso concordar com a processualista mineira, admitindo-se a complementação de informações e a vinda de documentos extemporâneos em favor da parte vulnerável.

### **6.3.10.3 Fase instrutória**

#### 6.3.10.3.1 A distribuição do ônus da prova *in favor vulnerabilis*

Regra geral, nos termos do artigo 373 do Código Processual de 2015, compete ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Tal constitui o modelo estático de distribuição do *onus probandi*.

A grande novidade da Codificação de 2015, porém, fica por conta da previsão inserida no parágrafo 1º do artigo 373, o qual permite ao juiz “atribuir o ônus da prova de modo diverso” ao estabelecido no *caput*. Trata-se da positivação da teoria da distribuição dinâmica

---

<sup>602</sup> TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...*, op. cit., p. 322.



da carga probatória, que teve na doutrina do jurista argentino Jorge W. Peyrano um de seus maiores expoentes.<sup>603</sup>

Consoante estabelece o dispositivo legal, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, pode o juiz distribuir dinamicamente o ônus probatório mediante decisão fundamentada quando verificar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprimento do encargo probatório por uma das partes, ou ainda quando constatar maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário por algum dos sujeitos processuais. Em quaisquer destas três hipóteses, deverá conferir à parte eleita a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, não podendo a distribuição dinâmica gerar situação de impossível ou difícil desincumbência do encargo (art. 373, §2º).

Nesse prisma, acertam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto quando concluem que o objetivo da dinamização da carga probatória é permitir uma tutela adequada de direitos, sobretudo de direitos fundamentais processuais.<sup>604</sup> A ideia, como mencionado na exposição de motivos da Codificação de 2015, é criar condições para que o juiz possa decidir de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, potencializando o descobrimento dos fatos e reduzindo as chances de decisões injustas.

Em relação à tutela jurisdicional de pessoas em situação de vulnerabilidade, importante apontar que a experiência pragmática brasileira envolvendo a distribuição dinâmica do ônus da prova se enriqueceu a partir da tutela de um grupo vulnerável específico: o consumidor. Foi com base na inversão do ônus da prova determinada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código Consumerista – a qual, registre-se, não se confunde com a hipótese de distribuição dinâmica do Código Processual por fundar-se na verossimilhança das alegações ou na hipossuficiência da parte<sup>605</sup> – que a jurisprudência passou a admitir uma distribuição *ope iudice*

---

<sup>603</sup> PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. In: MORELLO, Augusto M. et. al. (coord.). *Lás Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992; PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba*, *Revista uruguaya de derecho procesal*, n. 2, 1992.

<sup>604</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 167.

<sup>605</sup> Como lembra Claudia Lima Marques, a inversão do ônus da prova no direito do consumidor está ligada ao risco profissional que permeia a relação fornecedor-consumidor. Nesta linha, “se o profissional coloca máquina, telefone ou senha à disposição do consumidor para que realize saques e este afirma de forma verossímil que não os realizou, a prova de quem realizou tais saques deve ser imputada ao profissional, que lucrou com esta forma de negociação, ou de execução automática, ou em seu âmbito de controle interno: *cujus commodum, ejus periculum!* Em outras palavras, este é o seu risco profissional e deve organizar-se para poder comprovar quem realizou a retirada ou o telefonema. Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este pagar duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco no preço pago e no dano sofrido”. MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao artigo 6º. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 292.

das cargas probatórias,<sup>606</sup> ainda que à mercê de previsão específica do então Código Processual de 1973.

Com previsão expressa na Codificação de 2015, a dinamização do ônus probatório passa a alcançar outras formas de vulnerabilidade (socioeconômica e sociocultural), as quais podem igualmente provocar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade do desenvolvimento do encargo probatório. Como discorre Fernanda Tartuce: “o litigante menos favorecido costuma enfrentar significativas complicações para se desincumbir totalmente dos ônus processuais”.<sup>607</sup>

Exemplificadamente, nas demandas familiares envolvendo o reconhecimento ou a dissolução da união estável, é praticamente impossível exigir da mulher agredida e expulsa de casa que consiga comprovar o elemento temporal da união estável sem acesso a documentos, registros fotográficos e outras provas que permaneçam em poder do companheiro agressor. O mesmo ocorre em relação à exigência de comprovação do marco temporal da ocupação do território ou a data do esbulho renitente imposta às comunidades indígenas. Diabólica também é a exigência de apresentação de laudo psicológico comprobatório da temporalidade do “desvio comportamental” como requisito ao pedido de cirurgia de redesignação sexual pleiteada por um transexual.

Sempre, portanto, que o encargo probatório dirigido à parte vulnerável for obstaculizado pela parte adversa, envolver prova de fatos negativos ou mesmo revelar excessiva dificuldade à parte vulnerável, poderá o juiz, avaliando concretamente as circunstâncias, distribuir o ônus probatório de modo diverso.<sup>608</sup>

Não se olvide, por derradeiro, que eventuais excessos cometidos na distribuição dinâmica do *onus probandi* poderão ser prontamente corrigidos pelo Poder Judiciário mediante a interposição do competente recurso de agravo de instrumento, consoante expressa previsão do artigo 1.015, inciso XI, o que afasta, portanto, receoso conservadorismo na aplicação deste relevante instrumento de adequação do *onus probandi*.

---

<sup>606</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 346.

<sup>607</sup> TARTUCE, **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 315.

<sup>608</sup> “O tema pode colaborar sobremaneira para que o litigante vulnerável não seja vítima de sua impossibilidade e possa contar com o auxílio judicial, em uma perspectiva cooperativa, a fim de que elementos probatórios relevantes venham à seara judicial”. Ibid., p. 319.

### 6.3.10.3.2 A ação probatória autônoma como garantia de não revitimização

O artigo 381 do Código Processual de 2015 admite que se intente ação probatória autônoma sempre que: i) haja fundado receio de que a prova venha a se tornar impossível ou muito difícil na pendência da ação; ii) a prova seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; iii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

A seu turno, o artigo 372 franqueia a utilização da técnica da *prova emprestada*, dispondo que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Prevê, ainda, que a prova emprestada possuirá o mesmo valor contido no processo originário, desde que garantida dupla observância ao princípio contraditório (no processo de origem e no processo subsequente).

Alinhando-se ao Código Processual de 2015, as 100 Regras de Brasília trazem oxigenada recomendação no sentido de garantir a antecipação jurisdicional da prova (regras 37 e 70) em favor de pessoa em condição de vulnerabilidade, especialmente nos casos em que a reiteração de declarações puder implicar revitimização, isto é, que a experiência negativa do crime suportado seja incrementada como consequência do contato da vítima com o Sistema de Justiça (regra 12). A preocupação revela-se diante de casos de vítimas ameaçadas nos casos de delinquência organizada, menores vítimas de abuso sexual ou maus-tratos e mulheres vítimas de violência dentro da família ou do casal (regra 76). Indica, ademais, a viabilidade da gravação em suporte audiovisual dos atos judiciais, sempre que se puder evitar que a produção se repita em sucessivas instâncias judiciais (regra 71).

Imagine-se o caso de uma mulher em situação de violência que, submetida ao *streptus iudici*, tem de relatar um abuso sexual perante: i) o delegado de polícia, na realização da denúncia; ii) o defensor público, na requisição de assistência judiciária gratuita; iii) o perito criminal, para realização do laudo de exame de corpo de delito; iv) o juiz criminal, quando do pedido de medidas protetivas de urgência; iv) na audiência de instrução e julgamento criminal; vi) na audiência de instrução e julgamento cível, em eventual demanda indenizatória.

Psicologicamente, é cediço que a cada depoimento a parte revive a situação negativa experimentada, o que reflete a absoluta falta de sensibilidade probatória de nosso sistema de justiça para lidar com pessoas que passam por graves traumas. Com efeito, a produção antecipada de prova pode ser útil ao combate à revitimização processual, garantindo-

se que, logo após a ocorrência do delito, a parte se submeta uma única vez à produção probatória que, uma vez gravada ou registrada, não necessitará de renovação no futuro. O mesmo se diga em relação à prova emprestada, eis que, uma vez produzida (ex: em um processo criminal), poderá ser transportada a outro processo (ex: em um processo cível de reparação de danos), bastando à observância do contraditório.

É exatamente neste sentido que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), recentemente modificada pela Lei nº 13.505/2017, prevê em seu artigo 10-A, parágrafo 1º, inciso III, que a inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica não implicará a revitimização da depoente, evitando-se ainda sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre sua vida privada. Mais ainda, dispõe que o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, evitando-se sucessivos depoimentos.

Ambas as técnicas probatórias mencionadas, portanto, podem auxiliar o tratamento probatório de pessoas vulneráveis no processo jurisdicional brasileiro.

#### **6.3.10.4 Fase decisória e recursal**

##### 6.3.10.4.1 A rescindibilidade da sentença interna contrária à decisão *erga omnes* da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A técnica aqui arguida, embora de complexa implementação prática, parte de uma premissa lógica: ao se submeter à jurisdição das Cortes Internacionais (ex: art. 86.1, CADH), o Estado brasileiro reconhece que as decisões proferidas na esfera internacional podem repercutir sobre seu direito interno, o que inclui não apenas o controle do ordenamento jurídico estático, mas também e principalmente o controle das decisões exaradas por órgãos internos.

Tendo por premissa, portanto, a ratificação pelo Brasil de vários tratados internacionais de direitos humanos protetivos a grupos vulneráveis, bem como a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, factível que situações jurídicas solucionadas na esfera interna entrem em rota de colisão com decisões proferidas em caráter *erga omnes* pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos,<sup>609</sup> o que abre hipóteses pragmáticas de controle de convencionalidade do direito interno, operadas, inclusive, via rescindibilidade da sentença.

<sup>609</sup> Hipótese diversa ocorre com decisões da Corte Internacional que atraiam eficácia *inter partes*. Nestes casos, o artigo 68.1 da CADH esclarece que a compensação fixada à vítima “valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado”. Para

Nesta ótica, “tanto a CADH quanto sua interpretação realizada pela jurisprudência da CorteIDH equiparam-se a ‘norma jurídica’ para fins de cabimento de ação rescisória do art. 966, V, do CPC”.<sup>610</sup> O contrário seria admitir que a coisa julgada interna pudesse servir de reserva estatal ao cumprimento das obrigações assumidas na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que não se sustenta lógica ou juridicamente.

É preciso, porém, divisar duas situações distintas: i) se a decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos for anterior à decisão interna, cabível o controle de convencionalidade mediante a arguição de inexigibilidade da obrigação fixada no título, quando este for levado a efeito mediante cumprimento definitivo de sentença (arts. 525, §§ 12º e 14º, e 535, §§5º e 7º); ii) se a decisão da Corte Internacional de Direitos Humanos for posterior à decisão interna, cabível o controle de convencionalidade via ação rescisória, a qual vinculará como causa de pedir a violação ao precedente internacional (art. 966, inc. V), iniciando-se a contagem do prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença internacional (art. 975).<sup>611</sup>

Aos indivíduos vulneráveis, a técnica aqui pensada aparenta ser alvissareira, considerando, sobretudo, que os tratados internacionais de direitos humanos constituem muitas vezes a principal ou a única fonte protetiva de segmentos marginalizados da população global (ex: caso dos refugiados em alguns países), hipóteses em que as decisões das Cortes Internacionais para muito além de meramente declaratórias, constituem juridicamente situações protetivas.

Basta, ademais, uma breve consulta à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para constatar que o órgão internacional já se debruçou sobre variados direitos das pessoas com deficiência, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, indígenas, população LGBTI e deslocados internos, julgamentos que formam um vasto arcabouço

---

Vitor Fonsêca, a decisão condenatória que fixa indenização a ser adimplida pelo Estado Brasileiro às vítimas seria instrumentalizada mediante o procedimento do cumprimento de sentença estabelecido no CPC/2015 (arts. 534 e 535, CPC/2015). FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 132. Concorde-se com tal assertiva, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e da razoável duração do procedimento executivo. Possível conferir ainda a posição contrária de Eduardo Talamini, para quem o adequado seria ajuizar ação de conhecimento. TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 162-171.

<sup>610</sup> FONSÊCA, **Processo civil e direitos humanos...**, op. cit., p. 132.

<sup>611</sup> “no caso da coisa julgada interna contra eficácia *erga omnes* da jurisprudência da CorteIDH, é possível haver o controle da coisa julgada pelos meios de impugnação cabíveis em cada Estado. No caso do Brasil, por exemplo, no prazo legal de dois anos, é possível o manejo de ação rescisória, especialmente no caso do inciso V do art. 966 do CPC”. Ibid., p. 132.

normativo-protetivo a ser cotejado com a legislação interna e com as decisões reproduzidas no Poder Judiciário brasileiro em relação a estes grupos.

#### 6.3.10.4.2 O controle de convencionalidade via recursos excepcionais

Não é novidade que os recursos excepcionais (especial e extraordinário) podem vincular o controle de convencionalidade de decisões internas em relação às disposições normativas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Aliás, antes mesmo da existência do recurso especial e da criação do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal de 1988 já admitia o controle de decisões que contrariassem convenções de direitos humanos, técnica que se restringia, porém, à instrumentalidade do recurso extraordinário (art. 102, inc. III). Isso ocorria, à época, pois os tratados de direitos humanos eram considerados hierarquicamente equivalentes às leis federais ordinárias.<sup>612</sup>

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004 e a reengenharia operada sobre os Tribunais da Federação,<sup>613</sup> reservou-se ao recurso especial o *locus propício* para a arguição da contrariedade às normas de direito internacional, incluindo-se as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Doravante, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconvenção da regra de direito interno que autorizava a prisão civil do depositário infiel, acolhendo expressamente a teoria da suprallegalidade das normas convencionais de direitos humanos no Direito nacional.<sup>614</sup> A partir deste *leading case*, o ordenamento jurídico brasileiro passou a formalmente admitir o controle de convencionalidade de normas infraconstitucionais contrastadas com as convenções internacionais de direitos humanos via recursos excepcionais.

A sufragar essa tese, no julgamento do Recurso Especial nº 1.640.040/SP o Superior Tribunal de Justiça confirmou sua jurisdição para o controle de convencionalidade da legislação

<sup>612</sup> SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 203-207.

<sup>613</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

<sup>614</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008.

federal, declarando a inconvenção do artigo 331 do Código Penal (crime de desacato) em relação ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (liberdade de expressão).<sup>615</sup> O controle jurisdicional da convencionalidade foi posteriormente reafirmado no julgamento do HC 379.269.<sup>616</sup> Em suma, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça apontam não apenas para a praticabilidade do controle de convencionalidade das normas de direito interno à luz dos tratados de direitos humanos, mas também para a vinculação deste controle ao meio adequado: o recurso especial.

É possível, portanto, notar algumas transformações nestes quase dez anos de controle de convencionalidade no Direito brasileiro: i) o controle passou a recair não apenas sobre decisões contrárias a tratados internacionais, mas também sobre a legislação federal de direito interno, hierarquicamente inferior às normas convencionais; ii) a partir da teoria da supralegalidade de normas, o Superior Tribunal de Justiça elevou-se à instância competente para a análise de inconvenções arguidas quanto à legislação federal; iii) o recurso especial passou a ser o eixo em torno do qual orbita o controle de convencionalidade de normas no sistema brasileiro, excepcionado apenas quando a norma paradigma estiver contida em tratado incorporado pelo regime instituído no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

Em relação à tutela jurídica de indivíduos vulneráveis, sempre que a decisão ou norma jurídica hierarquicamente inferior contrariar tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil, em especial, convenções internacionais que versam sobre direitos de minorias e grupos vulneráveis, advoga-se a viabilidade do controle de convencionalidade de decisões contrárias à normativa protetiva mediante o manejo de recursos excepcionais.

Verossímil sustentar, neste prisma, a seguinte sistematização pragmática: i) em se tratando de convenção internacional de direitos humanos sobre grupos vulneráveis que veicule normas supralegais – leia-se: não incorporadas formalmente pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/88 –, o controle de convencionalidade poderá ser instrumentalizado via recurso especial (art. 105, inc. III, “a”), desafiando a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça (é o caso, por exemplo, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); ii) em se tratando, porém, de tratado internacional de direitos humanos sobre grupos

---

<sup>615</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.640.040/SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016.

<sup>616</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 379.169-MS**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2017.

vulneráveis que veicule normas formalmente constitucionais, incorporadas, portanto, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/1988, o controle de convencionalidade deverá vincular-se ao recurso extraordinário (art. 102, inc. III, “a”), atraindo a competência do Supremo Tribunal Federal (é o caso, por exemplo, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas com Deficiência Visual).

#### 6.3.10.4.3 Especificidades recursais em favor da criança e do adolescente

Consoante dispõe o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, o sistema recursal do Código Processual Civil observará as adaptações incluídas nos incisos I a VIII, além das especificidades indicadas nos artigos 199 a 199-E. Trata-se de típica adequação procedimental legislativa da tutela jurisdicional em favor de indivíduos vulneráveis.

Referida sistemática alcança os procedimentos tratados nos artigos 152 a 197-E, envolvendo, na seara processual civil, os procedimentos de inclusão em acolhimento familiar ou institucional, a colocação em família substituta, a adoção nacional e internacional, além da perda ou suspensão do poder familiar. Incide, ademais, sobre procedimentos recém-incluídos no Estatuto protetivo, como a entrega materna de filho para a adoção (Art. 19-A).

A respeito das especificidades recursais trazidas, cite-se: i) a dispensa de preparo, que abrange todos os recursos afetos à criança e ao adolescente que figurem como autor ou réu, ressaltando o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a benesse não alcança terceiros intervenientes;<sup>617</sup> ii) o prazo de dez dias para interposição recursal, não se aplicando o prazo geral de quinze dias estabelecidos pelo Código Processual de 2015, salvo no caso dos embargos de declaração (opostos no prazo de cinco dias); iii) a impossibilidade de duplicação de prazos para o Ministério Público e, eventualmente, para a defesa; iv) a obrigatoriedade do efeito suspensivo da apelação,<sup>618</sup> salvo diante dos deferimentos

---

<sup>617</sup> Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 983.250/RJ**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.04.2009. A nosso ver, criticável a postura do STJ, sobretudo porque, consoante seu próprio entendimento, as intervenções de terceiros franqueadas pelo Estatuto somente devem ser interpretadas à luz do princípio da proteção integral, observando o melhor interesse da criança ou do adolescente SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo nº 899.653-RJ**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/08/2009. Conjugados os entendimentos, a cobrança do preparo acaba limitando intervenções em favor do sujeito vulnerável protegido.

<sup>618</sup> Como lembram Rossato, Lépre e Cunha, comentando o regime anterior às modificações provenientes da Lei n. 12.010/2009: “vigorava a regra de que a apelação deveria ser recebida somente em seu efeito devolutivo, existindo dois critérios para concessão de efeito suspensivo: a) legal, no caso de deferimento de adoção por



da adoção nacional (art. 199-A) e da destituição do poder familiar (art. 199-B), que possuem eficácia imediata; v) o juízo de retratação obrigatório na apelação e no agravo de instrumento, permitindo-se o efeito regressivo recursal, no prazo de cinco dias; vi) a imediata distribuição dos procedimentos de adoção e destituição do poder familiar (art. 199-C); vii) o parecer oral do Ministério Público na sessão de julgamento (art. 199-D, par. ún.); viii) a prioridade de julgamento, a dispensa de revisor e a colocação do processo em mesa para julgamento no prazo máximo de sessenta dias (art. 199-C e 199-D).

Entende-se que o procedimento especial recursal estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente oferece interessante parâmetro normativo para a recorribilidade em casos específicos envolvendo outros grupos vulneráveis sem regulamentação recursal específica. É o caso, *exempli gratia*, das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, as quais, na carência de regulamentação recursal, vagam por nossos Tribunais em limbo jurídico ainda não solucionado.<sup>619</sup>

Referida hermenêutica, embasada na ideia de microsistema protetivo, aliás, encontra respaldo legislativo expresso no artigo 13 da Lei Maria da Penha, o qual assegura a aplicação sistemática da legislação específica relativa à criança e ao adolescente e ao idoso às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar.

### 6.3.10.5 Fase executiva

#### 6.3.10.5.1 A aplicação de medidas executivas atípicas na tutela do crédito de indivíduos vulneráveis

Em relação à dimensão da efetividade da tutela jurisdicional, o Código Processual de 2015 inseriu verdadeira cláusula-geral de efetivação no artigo 139, inciso IV, a qual, conjugada aos artigos 297 e 536, *caput*, 537 e 538, eliminou qualquer dúvida acerca da

---

estrangeiro; b) judicial, sempre que a autoridade verificasse a existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, op. cit., p. 475.

<sup>619</sup> Imperioso ressaltar a vasta divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o recurso cabível contra a decisão que indefere medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha. Dentre os diversos entendimentos existentes, possível mencionar cinco correntes. A primeira, compreende cabível o recurso de Apelação Criminal (art. 593, inc. II, do CPP). A segunda, cogita de recurso de Agravo de Instrumento (art. 522, CPC). A terceira, rende homenagens ao Recurso em Sentido Estrito (interpretação extensiva do art. 581, inc. V, do CPP). A quarta, entende se tratar de decisão insuscetível de impugnação, ressaltando a hipótese de julgamento teratológico, em que cabível o questionamento por meio de ações de impugnação. A quinta corrente, por fim, entende possível a correção da ilegalidade decorrente da omissão protetiva pela via do *writ* constitucional (mandado de segurança).

viabilidade dogmática da fixação de medidas executivas atípicas (indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias), com a finalidade de assegurar a satisfação de ordens judiciais, inclusive nas obrigações de pagar quantia.

A inovação é salutar, sobretudo por colocar fim à divergência doutrinária e jurisprudencial que se formou em torno da aplicabilidade destas medidas nas obrigações pecuniárias. Pondere-se, entretanto, que a possibilidade de fixação de medidas executivas atípicas não representa um “cheque em branco” ao Poder Judiciário para que este possa, livremente, coagir devedores ao cumprimento de obrigações pecuniárias. Ao contrário, a utilização de tais medidas depende da observância de uma série de direitos e garantias do executado, sendo possível citar a excepcionalidade da medida, a proporcionalidade, o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, além do respeito ao contraditório substancial, ao dever de fundamentação (arts. 11 e 489) e à regra da menor onerosidade ao devedor (art. 805).

A aplicação das medidas executivas atípicas em face de indivíduos em condição de vulnerabilidade, contudo, exige a separação de duas situações distintas.

De um lado, quando o sujeito vulnerável figurar no polo passivo, a aplicação destas medidas deve observar com maior rigor os limites impostos à sua aplicabilidade, evitando-se que medidas indutivas e coercitivas sejam utilizadas como forma de agravamento da vulnerabilidade social apresentada pela parte. Assim, somente ostentarão sentido prático quando, diante da possibilidade de pagamento (leia-se: provisão de patrimônio suficiente), o sujeito vulnerável executado se opuser injustificadamente ao comando contido na sentença. Em termos mais palatáveis: tais medidas devem incidir sobre devedor vulnerável que, possuindo patrimônio, frustrasse imotivadamente a execução, dando causa à crise de inadimplemento. Não incidirá, de outra banda, para obrigá-lo a transformar o patrimônio ilíquido em líquido (ex: venda de bem imóvel), tampouco quando esteja manifestamente comprometido em dívidas, como ocorre com pessoas superendividadas.<sup>620</sup>

---

<sup>620</sup> Fenômeno de caráter social-econômico, o superendividamento é causado por uma plêiade de fatores, como o acesso irrestrito ao crédito, estímulo agressivo ao consumo e falta de uma política pública de educação financeira. Na prática, resulta na impossibilidade fática de adimplemento de dívidas (atuais e futuras), superando o patrimônio do devedor (bens e rendas), atingindo de forma mais drástica as camadas sociais marginalizadas. Como lembra Claudia Lima Marques, trata-se da “outra face da democratização do crédito”. Neste sentido, conferir: MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Ademais, em face de sujeitos vulneráveis, ilegítimo que sejam empreendidas medidas executivas atípicas postuladas por instituições bancárias, corporações multinacionais, empresas de telefonia e outros congêneres, face ao evidente desequilíbrio econômico envolvendo litigantes habituais (*repeat players*) e litigantes eventuais (*one shotters*).<sup>621</sup> *In casu*, a utilização da técnica processual executiva não obedece ao crivo da proporcionalidade (na dimensão da necessidade), servindo tão somente para agravar a vulnerabilidade da parte em favorecimento de estruturas ou oligarquias do poder econômico.

Outra situação completamente diferente é aquela em que o sujeito vulnerável figure como exequente. Ora, evidente que o não recebimento de crédito atinge de maneira mais drástica os sujeitos vulneráveis. Como já mencionado, o contexto brasileiro costuma favorecer situações de entrelaçamento de vulnerabilidades (*interseccionalidade*), alimentando fatores de exclusão que se influenciam mutuamente. É comum, infelizmente, que múltiplas formas de discriminação se dirijam a sujeitos com maior falta de bens e recursos sociais, como é o caso, por exemplo, de pessoas em situação de rua, de mulheres negras, de transexuais etc.

Sob este prisma, especialmente nas hipóteses em que o crédito decorrer de demandas indenizatórias propostas com o intuito de reparar injusta violação a direitos humanos praticada contra indivíduos vulneráveis, compreende-se que as medidas executivas atípicas devem ser aplicadas pelo magistrado à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva.

Imagine-se o caso de crédito indenizatório por danos morais vinculados à exposição de fotos íntimas de mulheres na rede mundial de computadores, ato ilícito atualmente conceituado como pornografia da vingança (*revenge porn*). O mesmo se verifica em relação às reparações pecuniárias fixadas em favor de homossexuais agredidos injustamente, negros vítimas de racismo, indígenas e quilombolas expulsos indevidamente de seus territórios e assim por diante.

Nesses exemplos, o indesejado ditado “ganhou, mas não levou” gera efeitos nefastos sobre a esfera do reconhecimento social de indivíduos vulneráveis, eis que a inefetividade do comando pecuniário imposto pela sentença acaba por macular a própria justiça da decisão, representando, para além da inutilidade da tutela cognitiva anterior, a própria descredibilidade do Poder Judiciário enquanto instituição-garantia de segmentos n’ao hegemônicos da população.

---

<sup>621</sup> GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, *Law and society review*, vol. 4, 1974.

Compreende-se, nesta ótica, que o abalo e a humilhação decorrentes de violações às identidades histórico-identitárias não podem ficar à mercê da ausência de vontade do executado em cumprir com o provimento jurisdicional indenizatório. Diante destas situações, não só pode como deve o juiz, respeitadas as garantias constitucionais do réu, investir em uma postura mais enérgica – leia-se coercitiva e estimulativa ao cumprimento – garantindo-se plena efetividade à tutela jurisdicional.

Não se olvide, ademais, que o eventual uso destas medidas está sujeito a controle via agravo de instrumento (art. 1.015, par. ún.), o que permite uma pronta correção de rumos em caso de excessos ou abusos.

Registre-se, por derradeiro, que embora ainda não tenha se debruçado sobre o tema sob o prisma da vulnerabilidade, o Superior Tribunal de Justiça vem firmando precedentes no sentido da possibilidade da utilização de medidas executivas atípicas nas obrigações de pagar quantia, sem prescindir, de outro giro, das garantias constitucionais do executado (cf. RHC nº 88.490/DF, HC nº 428.553/SP e RHC nº 97.876/SP).

Nesta perspectiva, as medidas executivas estimulativas e coercitivas podem representar um divisor de águas na crise de inadimplemento que recai sobre o Direito Processual Civil brasileiro, favorecendo, especialmente, segmentos vulneráveis da população.

#### 6.3.10.5.2 A dispensa de caução para levantamento de depósito e para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução

O cumprimento de sentença é definitivo quando transitada em julgado a decisão judicial que dá origem ao título. Será, doutro giro, provisório em razão da não interposição de recurso contra decisão interlocutória proferida no curso do processo ou diante da interposição de recurso sem efeito suspensivo (art. 520). Nesta última hipótese, apesar de o título não desfrutar da definitividade decorrente do trânsito em julgado, admite o cumprimento provisório da sentença, uma das principais inovações positivadas da Codificação de 2015.

Nos termos do artigo 520, o cumprimento provisório segue regramento semelhante ao cumprimento definitivo de sentença, nutrido, evidentemente, a distinção imposta pela reversibilidade e a possibilidade de reparação de danos sofridos pelo executado (incisos I e II). Chama a atenção, ademais, a viabilidade do levantamento imediato de quantia depositada, assim como a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade (inciso IV).

Nestes casos, a lei processual foi explícita ao restringir a transferência pecuniária imediata ao oferecimento de caução suficiente e idônea. A caução prevista no inciso IV do artigo 520 poderá ser excepcionalmente levantada quando: i) o crédito for de natureza alimentar; ii) o credor demonstrar situação de necessidade; iii) pender agravo em recurso especial ou extraordinário; iv) a sentença estiver em consonância com entendimento sumular do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521).

Quanto a este ponto, advoga-se a viabilidade de se promover uma interpretação extensiva da hipótese prevista no artigo 521, inciso II, abrangendo na locução “situação de necessidade” a “situação de vulnerabilidade”. Referida exegese, aliás, há muito tempo compartilhada no âmbito do Direito do Consumidor, direciona o conceito de necessitado não apenas para o plano da hipossuficiência econômica, mas também para o plano da vulnerabilidade técnica ou organizacional da parte fragilizada. Como acertadamente lembra Fernanda Tartuce: “é essencial que o juiz proceda de forma comprometida com a proteção judiciária e com a igualdade, liberando o executado da exigência que ele não pode cumprir por razões involuntárias”.<sup>622</sup>

Considerando que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode travestir-se em privilégio a favor dos mais abastados, faz sentido cogitar de uma interpretação favorável aos cidadãos vulneráveis, desde que, concretamente, a situação revele uma necessidade do ponto de vista socioeconômico (ex: mulher agredida, expulsa de casa pelo marido e privada de seu patrimônio; a pessoa em situação de rua etc.).

Pelas mesmas razões, compreende-se possível o afastamento da exigência de caução para a concessão de efeitos suspensivos aos embargos à execução em favor de sujeitos vulneráveis. Quanto a este ponto, imperioso notar que a medida oferece relevante oportunidade de reequilíbrio da balança *in favor vulnerabilis*, considerando, sobretudo, que as modificações operadas pela Codificação Processual de 2015 aumentaram a quantidade de títulos executivos extrajudiciais presentes no ordenamento processual (incisos IV, X e XI do artigo 784),<sup>623</sup> dispensando à fase cognitiva da jurisdição em benefício do empresariado e das instituições financeiras.

---

<sup>622</sup> TARTUCE, **Igualdade e Vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 334.

<sup>623</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Tendências evolutivas da execução civil brasileira. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (coord.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 295-296.

A reforma, ademais, deixou de rever as absurdas hipóteses em que estes títulos extrajudiciais são “constituídos unilateralmente pelo credor, sem participação direta do devedor no processo de formação do ato-documento”,<sup>624</sup> tais como nas cédulas hipotecárias, de crédito rural, industrial, comercial, imobiliário e bancário. Na linha do que expõe Heitor Vitor Mendonça Sica, “há vários títulos executivos extrajudiciais dos quais se mostra difícil extrair, de plano e em abstrato, eloquente certeza e exigibilidade”, tais como a execução do “crédito documentalmente comprovado” de aluguel e encargos (art. 585, V, CPC/73 e art. 784, VIII, CPC/15), do contrato de seguro de vida (art. 585, III, CPC/73 e art. 784, VI, CPC) e dos contratos bilaterais revestidos dos requisitos formais do art. 585, II, do CPC/73 ou art. 784, II e III, do CPC/15.<sup>625</sup>

Tudo isso fundamenta que um juiz, investido em seu dever de primar pela isonomia substantiva, promova as adaptações necessárias para impedir que setores marginalizados da população sejam ainda mais oprimidos por setores detentores de vultoso poder econômico.

### 6.3.11 Procedimentos especiais

A Codificação de 2015 incluiu os procedimentos especiais no Título III do Livro I da Parte Especial ao lado do Procedimento Comum (Título I) e do Cumprimento de Sentença (Título II), dividindo em quinze capítulos os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (artigos 539 a 718) e os procedimentos especiais de jurisdição voluntária (artigos 719 a 770).<sup>626</sup>

Apesar de continuar a se referir aos procedimentos especiais como um sistema de “ações típicas” (ex: ação de consignação em pagamento; ações possessórias etc.), elogiável a previsão tópica destes ritos na “Parte Especial”, agora previstos como espécies do gênero “Processo de Conhecimento”. Assim como o procedimento comum, os procedimentos especiais também visam atividade cognitiva, alguns inclusive com cognição ainda mais ampliada do que o próprio procedimento comum (v.g., a ação de prestação de contas e a ação de inventário e partilha).

<sup>624</sup> SICA, **Tendências evolutivas da execução civil brasileira...**, op. cit., p. 296.

<sup>625</sup> E prossegue o autor: “Nesses casos, em maior ou menor grau, a cognição judicial a ser exercida em sede de juízo de admissibilidade da execução envolve a análise de prova na acepção estrita do termo, isto é, de ‘um conjunto de atividade de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento’ (nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco). É evidente que a cognição judicial nesses casos é consideravelmente mais profunda e extensa do que, por exemplo, na execução de títulos de crédito (art. 585, I, CPC/73 e art. 784, I, CPC/15), que seriam, por assim dizer, os títulos executivos extrajudiciais por excelência”. Ibid, p. 296.

<sup>626</sup> Sobre os procedimentos especiais e o Código Processual de 2015, conferir: MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Seguindo por suas trilhas inovadoras, a Codificação de 2015 excluiu alguns procedimentos especiais contidos no diploma processual anterior, os quais, conforme afirmado na Exposição de Motivos, já não eram efetivamente especiais.<sup>627</sup> Eliminaram-se, assim, os procedimentos de depósito, de dar contas,<sup>628</sup> de anulação e substituição de títulos ao portador,<sup>629</sup> de nunciação de obra nova, de usucapião de terras particulares,<sup>630</sup> de vendas a créditos com reserva de domínio e de hipoteca legal.

Doutro giro, foram incorporados à novel legislação os procedimentos especiais de dissolução parcial de sociedade, de família, de regulação de avaria grossa e ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo. Houve ainda alterações que não implicaram propriamente a inclusão ou a exclusão de procedimentos, mas a realocação ritual topográfica, como é o caso da oposição (Capítulo VIII), da homologação do penhor legal e da notificação e interpelação (Capítulos XII e XV, Seção II).<sup>631</sup>

<sup>627</sup> E prossegue: “As características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum”. Anteprojeto do Código de Processo Civil.

<sup>628</sup> “manteve-se no Novo CPC a ação de exigir contas (art. 915 CPC/1973 e art. 550 do CPC/2015), que por conta do procedimento bifásico demanda mesmo um procedimento diverso do comum. Foi extinta, entretanto, a ação de dar contas, com regência atual pelo art. 916 do CPC. A opção foi desacertada. Era conveniente a manutenção da natureza dúplice da ação de dar contas, com possibilidade de declaração de saldo credor e favor da parte demandada independentemente de pedido. Como não mais haverá regência especial da medida, a natureza dúplice do procedimento de dar contas pode restar comprometida pela impossibilidade de aplicação do art. 552 do CPC/2015 (atual art. 918 do CPC/1973), o que é preocupante. Melhor que se tivesse mantido junto aos procedimentos especiais tal medida”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (org.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 668.

<sup>629</sup> Comentando a exclusão, disserta Gajardoni: “deu-se fim à ação de anulação e substituição de títulos ao portador (arts. 907 e ss. CPC/73). Primeiro, porque, como regra, a emissão de títulos ao portador não é admitida no sistema (Lei 8.021/1990 e art. 907 do CC/02). E segundo, pois já era plenamente possível a obtenção da posse do título ou sua anulação e substituição através do procedimento comum, inclusive de modo liminar (art. 273 do CPC/1973 e art. 294 e ss. do CPC/2015). Assim, não havia mesmo nenhuma especialidade, seja do ponto de vista das partes, seja do direito material, a justificar a manutenção deste procedimento especial no sistema”. GAJARDONI, **Os procedimentos simplificados e flexibilizados...**, p. 667.

<sup>630</sup> No que toca ao procedimento de usucapião em terras particulares, o Anteprojeto previu a extinção da “ação de usucapião”, criando, em compensação, o chamado “procedimento edital”, forma de comunicação dos atos processuais por meio do qual são convocados os interessados do extinto artigo 942 do CPC/1973 a intervir. Comentando o artigo, esclarece Cassio Scarpinella Bueno: “Querendo inovar, o Anteprojeto incorria no erro que criticava em relação ao CPC de 1973: não havia (e não há) como conceber um procedimento diferenciado (especial) por causa da necessidade (ou conveniência) de a citação fazer-se por editais, considerando a peculiaridade do direito material sobre o qual o autor requer tutela jurisdicional. Nesse sentido, para justificar a abolição da ‘ação de usucapião’ e da ‘ação de substituição de título ao portador’, bastava, como quiseram os Projetos do Senado e da Câmara, impor a expedição de editais, orientação que acabou prevalecendo no novo CPC. E com a vantagem adicional, esta já compreendida no Anteprojeto, constante do inciso III, dispositivo amplo o suficiente para justificar a expedição de editais em quaisquer outras hipóteses que não guardem relação com o usucapião ou com a recuperação ou substituição de título ao portador e até para fins que não seja, propriamente, relativos à citação”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196.

<sup>631</sup> Como bem esclarece Daniel Pentead de Castro, a extinção de determinados procedimentos especiais não impede o ajuizamento de semelhante demanda à luz do procedimento comum, tampouco a introdução de novos

A grande crítica, porém, sempre dirigida aos procedimentos especiais, é que a instituição dessas tutelas jurisdicionais diferenciadas costumeiramente não se voltam a garantia de melhores condições instrumentais de acesso à justiça às pessoas de carne e osso, dirigindo-se, quase que exclusivamente, à tutela do crédito, à tutela da posse e da propriedade, além da tutela das relações societárias, bancárias e comerciais. Não há, por assim dizer, procedimentos especiais formalmente dirigidos à proteção de direitos da personalidade, dos direitos humanos e de indivíduos vulneráveis.

Como examina Carlos Alberto Álvaro de Olivera, os procedimentos diferenciados acabam por instituir verdadeiras quebras de isonomia, afinal enquanto o réles mortal há de se contentar com o moroso e pouco eficiente procedimento comum, as contendas que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes acabam escapando ao rito prolongado, criando-se, para estas situações, procedimentos especialíssimos. Gera-se, com isso, dupla desigualdade: “desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento”.<sup>632</sup>

A Codificação de 2015 lamentavelmente repetiu este cenário. Não fosse bastante, ainda revitalizou o procedimento especial de interdição, o qual se afigura absolutamente descontextualizado em relação à proteção constitucional estabelecida em favor da pessoa com deficiência intelectual, instituindo, ademais, um procedimento especial às demandas familiares que confere oportunidade de violação aos direitos humanos de mulheres em situação de vulnerabilidade.

Criticamente, é o que se analisa a seguir.

### **6.3.11.1 Inadequação do procedimento especial de “interdição” em relação à pessoa com deficiência**<sup>633</sup>

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada internamente pelo Decreto nº 6.949/2009, na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, foi responsável por incluir em nossa ordem jurídica os princípios da autonomia individual, da liberdade de escolha e da efetiva participação e inclusão da pessoa

---

procedimentos especiais revela novidade de ‘ação’ ou ‘tutela jurisdicional’ em relação ao direito material perante o Poder Judiciário. CASTRO, Daniel Penteado de. Considerações sobre a sobrevivência dos procedimentos especiais no NCPC. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301-331.

<sup>632</sup> OLIVERA, **Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual...**, op. cit., p. 81.

<sup>633</sup> Parcela dos argumentos jurídicos aqui expostos já haviam sido objeto de análise pretérita por parte deste autor. Neste sentido, conferir: AZEVEDO, **Prática cível para Defensoria Pública...**, op. cit., p. 308-315.



com deficiência na sociedade (artigo 3º, “a” e “c”), contrapondo-se ao regime jurídico estabelecido pelo Código Civil de 2002.

Previu, ademais, que os países signatários se comprometeriam a adotar todas as "medidas legislativas e administrativas necessárias para a realização dos direitos da pessoa com deficiência", incluindo a "modificação ou revogação de leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes", abstendo-se ainda de referendar "qualquer ato ou prática incompatível com a Convenção", assegurando sua observância pelas autoridades e instituições públicas (artigo 4º, "a", "b" e "c").

A superar a antinomia existente entre referidas normas e o regime jurídico brasileiro, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) encarregou-se de promover uma vigorosa reforma na legislação nacional, especialmente no tocante à teoria das incapacidades, à curatela e ao procedimento de interdição, mediante a revogação dos incisos I, II e III do artigo 3º, incisos II e IV do artigo 1.767, e redução do alcance dos incisos II e III do artigo 4º e inciso I do artigo 1.767, todos do Código Civil de 2002. Em síntese, passou a considerar como plenamente capaz a pessoa com deficiência (art. 6º).

Reestruturou, ademais, a sistemática aplicada ao procedimento de interdição, eliminando a possibilidade de decretação da incapacidade absoluta do sujeito com deficiência intelectual, passando a exigir fundamentação concreta por parte do magistrado para a fixação da curatela, única forma de apoio admitida como medida extraordinária, restrita a ato negocial, limitada no tempo pela necessidade concreta e proporcional às circunstâncias da pessoa (artigos 84 e 85).

Inexplicavelmente, a vigência posterior do Código Processual de 2015 acabou revitalizando o instituto jurídico da interdição (artigos 747 a 758), instituindo um procedimento especial que caminha na contramão dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Trata-se de exemplo cristalino de tutela jurisdicional inadequada às pessoas em situação de vulnerabilidade.

Sinteticamente, o procedimento especial de interdição previsto na Codificação de 2015 é passível das seguintes críticas: i) historicamente, a interdição nunca se voltou à efetiva proteção do incapaz, mas sim à segurança das relações negociais e à continuidade da circulação de riquezas;<sup>634</sup> ii) o decreto judicial de interdição visa a declaração da incapacidade civil absoluta do indivíduo, vinculando o sujeito interditado aos efeitos da curatela para todos os atos

---

<sup>634</sup> Sobre o tema, conferir as ponderações de Barbosa Moreira: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *In: Temas de Direito Processual. Quarta série*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 185-191

da vida civil, aí incluindo-se atos existenciais (casamento, reprodução, planejamento familiar etc.), laborais e de exercício da cidadania (voto), agora expressamente vedados pela Lei Brasileira de Inclusão; iii) os efeitos operados pela sentença de interdição são profundamente estigmatizantes, pois exigem a ampla divulgação da condição de "interdito" na imprensa local e no órgão oficial, além da inscrição da sentença no Registro de Pessoas Naturais; iv) não se justifica a exclusão do efeito suspensivo da apelação que desafia a sentença que decreta a interdição, sobretudo quando a imediatidade eficaz foge a regra geral para justamente limitar os direitos da personalidade da pessoa com deficiência (a lógica deveria ser inversa, em proteção à pessoa); v) o incidente de desconstituição da sentença que decreta a interdição não se harmoniza com os postulados da extraordinariedade, limitação temporal e proporcionalidade da curatela fixados pela Lei Brasileira de Inclusão, dificultando o levantamento da interdição mediante a imposição de perícia a contatar a recuperação da plena sanidade mental do interditado (o que torna praticamente irreversível a declaração de incapacidade por distúrbios intelectuais).

Não bastasse, a maioria das demandas de interdição encontra-se eivada por nítido "desvio de finalidade", eis que ajuizadas com base na indevida exigência de órgãos públicos para fins de concessão de benefícios legais (ex: órgãos previdenciários que exigem a condição de interdito para fins de concessão do benefício de prestação continuada), o que expressamente contraria o artigo 110-A, da Lei nº 8.213/1991, que assegura que “no ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento”.

Com base nestas premissas, advoga-se que o procedimento de interdição padece de gritantes inconstitucionalidades à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão. Com efeito, parece ilógico admitir a supressão ou a violação dos direitos da pessoa com deficiência, paradoxalmente ao que as normas fundamentais expostas nos artigos 8º e 13 do Código Processual estabelecem no tocante à proteção da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos tratados e convenções internacionais no âmbito processual civil.

Conclui-se, portanto, que: i) os pedidos de declaração de incapacidade civil via procedimento especial de interdição devem ser julgados como juridicamente impossíveis, uma vez que as normas civis não mais admitem a declaração de incapacidade por deficiência intelectual, seja ela absoluta ou relativa; ii) em homenagem à instrumentalidade e ao aproveitamentos dos atos processuais, as “ações de interdição” deverão ser recebidas como

“ações para a fixação de curatela”, franqueando-se ao autor a oportunidade de emenda da petição inicial para saneamento das incompatibilidades formais e materiais com a legislação protetiva; iii) também deverão ser julgados improcedentes, porque juridicamente impossíveis, os pedidos de interdição ou fixação de curatela cuja causa de pedir baseie-se na exigência de órgãos públicos para concessão de benefícios legais (ex: benefício de prestação continuada), conforme vedação introduzida pelo artigo 110-A na Lei 8.213/91; iv) no julgamento das ações de fixação de curatela, deverá o juiz primar pelos postulados específicos da Lei Brasileira de Inclusão, sobretudo pela restrição da curatela a atos de natureza patrimonial, destacando-se ainda a excepcionalidade da medida, a brevidade, a fundamentação do nexo por equipe multidisciplinar, a definição clara dos limites da atuação do curador e a ponderação sobre a tomada de decisão apoiada.

Todos os tópicos ora elencados importam a uma adequada tutela jurisdicional das pessoas com deficiência intelectual.

#### **6.3.11.2 *A facultatividade da sessão consensual no procedimento especial de família em caso de vulnerabilidade***

Consoante é cediço, o Código Processual de 2015 impôs tratamento distinto à designação de sessão de conciliação e mediação destinada a atender as demandas familiares. Assim, enquanto no procedimento comum a sessão de conciliação ou mediação pode, em tese, ser dispensada por expressa manifestação de vontade de ambas as partes (art. 334, § 4º, inc. I), no procedimento especial de família o Código não franqueia tal possibilidade ao magistrado, estabelecendo que “o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação”.

*Ab initio*, deve-se considerar a paradoxalidade da exigência de obrigatoriedade de audiência consensual nas demandas familiares frente aos princípios consensuais estabelecidos na Lei Geral de Mediação, em especial, o equilíbrio prévio, a isonomia entre os mediados e a autonomia da vontade (art. 2º, incs. II e V, da Lei 13.140/15).<sup>635</sup>

Não obstante, especificamente em relação às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, a obrigatoriedade da designação da sessão consensual acaba por submeter à mulher ao risco de suportar novas agressões, sem mencionar o elevado potencial de novas revitimizações.

---

<sup>635</sup> Conforme já referido em: AZEVEDO, **Prática cível para Defensoria Pública...**, op. cit., p. 260-264.

É possível pressupor, ainda, inúmeras outras hipóteses em que não recomendada à designação da sessão consensual em razão da vulnerabilidade da parte, tais como disputas familiares envolvendo violência contra o idoso ou risco à criança ou ao adolescente, demandas familiares que tenham como questão de fundo discriminação contínua por orientação sexual ou racismo, dentre outras situações que escancaram a inadequação da opção legislativa.

Nestes casos, indispensável que o juiz flexibilize o procedimento à luz das necessidades das partes e das circunstâncias do direito material submetido a julgamento, afastando a sessão consensual sempre que se fizer necessário. Esta saída parece propositiva à luz da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, além da isonomia (quando envolver desequilíbrio de poder) e da cooperação processual (quando ambas as partes renegarem a sessão consensual), valorizando também os poderes procedimentais do juiz.

Cite-se, a título exemplificativo, precedente do Tribunal de Justiça paulista, excepcionando a regra da obrigatoriedade de designação da sessão de conciliação e mediação do artigo 695, em caso envolvendo violência doméstica contra a mulher.<sup>636</sup>

### 6.3.12 Sistemática de precedentes judiciais e litígios repetitivos

Objetivando maior estabilidade e previsibilidade nos resultados da atividade jurisdicional brasileira, o Código Processual de 2015 inaugurou um microsistema de precedentes judiciais<sup>637</sup> por meio dos artigos 926, 927 e 928, o qual é complementado pelos artigos 9º, 10 (contraditório) e 489, parágrafo 1º (motivação das decisões judiciais).

<sup>636</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Agravante que se insurgiu em face do despacho que designou audiência de conciliação, sob alegação de que foi vítima de violência doméstica – Possibilidade – Princípio da Constitucional da Dignidade Humana que deve ser observado - Audiência de conciliação que deve ser cancelada - Recurso provido”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2ª Câmara de Direito Privado. **Agravo nº 2094427-96.2016.8.26.0000**. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 13.05.2016.

<sup>637</sup> Sobre os precedentes judiciais, conferir na doutrina estrangeira: DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedents*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007; FALLON JR., Richard. *Stare decisis ante the Constitution: na essay on constitutional methodology*, *New York University Review*, n. 76, 2001; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, set./2007; SCHAUER, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987; FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, *90 Minnesota Law Review*, 1.173, 2005. Na doutrina brasileira: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004; \_\_\_\_\_. Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial. In: **Direito Jurisprudencial**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar,

Neste passo, o artigo 926 impõe quatro deveres primordiais ao Poder Judiciário: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência dos julgados. O primeiro demanda que situações jurídicas semelhantes sejam trabalhadas de forma equivalente pelos tribunais. O segundo obriga a manutenção das *rationes decidendi*, evitando que a superação dos precedentes deixe de observar a técnica da superação (*overruling*) e o dever de fundamentação expresso no artigo 489, parágrafo 1º. O terceiro impõe que tribunais inferiores se vinculem ao decidido pelas Cortes Superiores.<sup>638</sup> O quarto, por fim, reforça a observância judicial sobre a eficácia externa de suas próprias decisões, parâmetro de previsibilidade a toda a sociedade.<sup>639</sup>

Já o artigo 927 prenuncia uma série de provimentos jurisdicionais formalmente vinculantes, destacando-se as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos nos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assim como as orientações do plenário ou do órgão especial.

Por fim, o artigo 928 reúne o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e os recursos excepcionais repetitivos (arts. 1.036 a 1.041) como gênero das técnicas de julgamento de demandas repetitivas,<sup>640</sup> abrangendo demandas individuais isomórficas representativas de questões fático-jurídicas comuns.<sup>641</sup>

---

2008; STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. *In: O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>638</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>639</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. *In: DIDIER JR., Fredie; org. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). Coleção Novo CPC doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 270.

<sup>640</sup> Sobre o tema, conferir: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016; CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos, **Revista de Processo**, vol. 231, maio/2014, p. 201. \_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, **Revista de Processo**, v. 32, n. 147, mai/2007, p. 123-146; CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>641</sup> THEODORO JR.; NUNES; BAHIA; PEDRON. **Novo CPC – fundamentos e sistematização...**, op. cit., p. 376.

As previsões dialogam sobremaneira com o direito fundamental à tutela jurisdicional, o qual, consoante se viu, pressupõe tanto meios ordenados à consecução das atividades processuais, quanto resultados efetivos no plano substancial. Indispensável, portanto, que a interpretação judicial sobre estes meios e resultados seja razoavelmente antevista pelas partes, tornando possível o planejamento racional de ações e condutas<sup>642</sup> a partir da razoável previsão acerca de como os Tribunais se comportarão diante de uma dada situação de direito material.

Quando analisado, porém, sob a ótica da vulnerabilidade sociocultural e do direito à diversidade, o microsistema brasileiro de precedentes judiciais enfrenta o seguinte dilema: ter de garantir a diferença em um sistema tecnicamente voltado à uniformização. Ou pior: pode simplesmente ignorar a existência de casos substancialmente diversos, e, sob a justificativa da isonomia e da economia processual, julgar casos distintos como se iguais fossem.<sup>643</sup>

Em meio a este fenômeno contemporâneo de massificação do processo e da adoção de técnicas de julgamento “em bloco” e apreciação “por amostragem”, Fernanda Tartuce aduz que é importante lembrar que “certos litigantes precisam ser tratados de maneira particularizada nos feitos por sua diferenciada condição”.<sup>644</sup>

Na mesma linha, Lorena Miranda Santos Barreiros acena que o manejo de um sistema de precedentes “não pode se divorciar da realidade cultural no qual é aplicado; sendo ela multifacetária, haverá o sistema de reconhecer essa especificidade e garantir o necessário equilíbrio entre os direitos à igualdade e à diferença”.<sup>645</sup>

Mais do que isso, parecer ser necessário garantir que grupos historicamente discriminados participem da formação dos precedentes judiciais sempre que em jogo estiverem direitos a eles afeto. São os temas a seguir trabalhados.

### **6.3.12.1 A técnica da distinção (“*distinguishing*”) como garantia do direito à diferença**

Em breve síntese, o *distinguishing* pode ser conceituado como a distinção operada entre o caso ajuizado e a decisão paradigma indicada como precedente. A partir desta diferenciação, identificam-se elementos peculiares da segunda causa levada ao conhecimento

<sup>642</sup> MACÊDO, **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil...**, op. cit., p. 104-105.

<sup>643</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). **Precedentes**. Col. grandes temas do Novo CPC. Vol. 3. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 189.

<sup>644</sup> TARTUCE, **Igualdade e Vulnerabilidade no processo civil...**, op. cit., p. 188-189.

<sup>645</sup> BARREIROS, **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil...**, op. cit., p. 190.

judiciário, impedindo a aplicação da mesma razão de decidir (*ratio decidendi*) ao caso concreto subsequente.

Referida técnica encontra-se expressamente agasalhada no Código Processual de 2015, o qual admite o debate a respeito da distinção do caso apresentado em relação ao precedente anteriormente firmado (art. 1037, §§ 9º e 12) ou a rescindibilidade da decisão de mérito que não considere a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (art. 966, §5º). As regras sobre a distinção voltam-se ainda aos juízes, que não podem deixar de observá-las por ocasião da aplicação do precedente, sob pena de indesejado vício de fundamentação (art. 489, § 1º, inc. VI).

O Código Processual de 2015 oferece, portanto, evidente instrumentalidade à garantia do direito ao reconhecimento da diferença manifestado no processo por indivíduos e grupos discriminados. Nesse sentido, o apontamento de peculiaridades socioculturais e identitárias (ex: pertencimento a uma comunidade indígena; a identidade transexual etc.) podem obstar a incidência de um precedente, desde que a dessemelhança influa sobre os casos confrontados.

Enfrentando a questão, Lorena Miranda Santos Barreiros acena que as “reflexões hauridas do multiculturalismo deverão servir como parâmetros para a confrontação entre o precedente e o caso concreto, quando as temáticas multiculturais se fizerem relevantes ao deslinde da questão judicializada”.<sup>646</sup> A autora ainda apresenta interessante caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, tratando-se do Conflito de Competência nº 56.438 de Relatoria do Ministro Félix Fischer, em que afastado o entendimento sumular nº 140 daquele Tribunal, fixando a competência em favor da Justiça Estadual para processar e julgar pedido de busca e apreensão em procedimento investigatório envolvendo a prática de crime de estelionato contra vítimas indígenas.<sup>647</sup> Trata-se de hipótese de julgamento que leva em consideração como razão de decidir a perspectiva multicultural e a pluralidade étnica da sociedade brasileira.

O *distinguishing*, portanto, deve servir de instrumento para afastar a máxima do *treat cases alike* sempre que a vulnerabilidade sociocultural entre as partes impedir a replicação do caso paradigma.

---

<sup>646</sup> BARREIROS, **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil...**, op. cit., p. 190.

<sup>647</sup> Compreendeu-se que o juízo competente para processar e julgar pedido de busca e apreensão em procedimento no qual é investigada a prática de crime de estelionato tendo índios como vítimas seria da Justiça Estadual e não da Justiça Federal, sobretudo diante da ausência de ameaça à existência física ou cultural do grupo indígena. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 56.438-MS**. Rel. Min. Félix Fischer, j. 07/08/2006.

### 6.3.12.2 *A técnica da superação (“overruling”) como garantia de revisão de precedentes contrários aos direitos humanos de grupos vulneráveis*

A técnica da superação (*overruling*) não se confunde com a ideia de distinção do precedente. Ao invés de propor uma diferenciação de casos, a superação visa a própria eliminação do precedente (ou parcela dele), seja por revogação expressa do Tribunal, seja pela edição de texto de lei que o contrarie. Há no *overruling* verdadeira atividade substitutiva, o que implica a consequente exclusão do precedente do sistema de fontes normativas de um ordenamento jurídico.

Relevante perceber, nesta ótica, que a superação somente pode ser levada a efeito pelo próprio Tribunal prolator da decisão que aplicou o precedente. Assim, não se admite que tribunais inferiores, juízes de primeiro grau ou que as próprias partes “superem precedentes” em decisões, arrazoados ou convenções processuais. O que a lei permite a estes atores é a provocação da revisão, mediante a exposição de razões que conduzam ao *overruling*.

Advoga-se, nesta ótica, que o uso desta técnica pode servir à revisão, via controle de convencionalidade, de precedentes emanados dos Tribunais pátrios que contrastem com tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ou mesmo com decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

A proposta aqui seria a de argumentar a superação do padrão decisório fixado como paradigma com base na normativa de direitos humanos envolvendo indivíduos e grupos vulneráveis, obrigando os Tribunais pátrios a se debruçarem sobre o confronto entre o direito interno reproduzido no acordão e a normativa internacional de direitos humanos.<sup>648</sup>

Trata-se, assim, de um novo modo de agir processual frente à sistemática de precedentes judiciais, que pode oferecer campo fértil à mutação constitucional ou supralegal de decisões fixadas como precedentes pelas Cortes Superiores brasileiras, sobretudo quando estas implicarem descompromisso com os direitos humanos reconhecidos a minorias e grupos vulneráveis em tratados internacionais ou na jurisprudência das Cortes Internacionais.<sup>649</sup>

---

<sup>648</sup> Nessa linha, argumenta Caio Cezar Paiva: “outra técnica que pode ser muito eficaz para impugnar o precedente, desde que utilizada de forma oportuna e adequadamente, consiste na invocação de dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos e também da jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, não apenas como mero argumento de autoridade diante da sua eficácia vinculante para o Brasil, mas principalmente como argumento persuasivo-preventivo no sentido de demonstrar para o Tribunal que a manutenção do precedente poderá ensejar a denúncia do caso para uma instância internacional”. PAIVA, Caio Cezar. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 296.

<sup>649</sup> GROSTEIN, Julio. O papel da Defensoria Pública na mutação constitucional: um enfoque à luz das atribuições institucionais. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto (coord.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública. Vol. 2**. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2014, p. 654.



### 6.3.12.3 A participação de grupos vulneráveis na formação dos precedentes judiciais

Considerando a existência de uma realidade brasileira multicultural e um Estado que reconhece o direito à pluralidade e à antidiscriminação como objetivos republicanos, a formação de precedentes vinculantes a todos os jurisdicionados deve garantir a pluralização do debate em torno das questões jurídicas fixadas nas *rationes decidendi*, permitindo que grupos minoritários influenciem a construção das decisões, mediante o apontamento de suas necessidades sociais pluriétnicas.

Mais ainda, necessário que estes indivíduos estejam adequadamente representados nos processos voltados à formação dos provimentos indicados no artigo 927, em especial no controle concentrado de constitucionalidade, nos acórdãos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Não é demais lembrar, face à crise de efetividade do Sistema de Justiça, que nosso modelo processual sempre apresentou um déficit de legitimidade na formação do resultado decisório. Imperioso se torna, portanto, assumir a dimensão coparticipativa da democracia, da qual não se afasta a prestação da atividade jurisdicional até mesmo em razão do caráter publicístico da Jurisdição. Há, nesta senda, um direito fundamental à adequada representação nos processos decisórios estatais, que, nas palavras de Antonio do Passo Cabral, oferece palco à atuação de “mensageiros populares, inspirados em Hermes, os quais exercitam nos autos a argumentação com o fim de colaborar para o resultado decisório”.<sup>650</sup> Trata-se, neste sentido, de um agir comunicativo entre a sociedade e a jurisdição constitucional,<sup>651</sup> decorrente do *status activae civitatis*.

Atento a este estado de coisas, o Código Processual de 2015 incluiu a figura do *amicus curiae*<sup>652</sup> no rol de terceiros interventores, prestigiando sua participação na sistemática de formação de precedentes vinculantes (arts. 950, §1º; 962, §1º, 990; 1029, §4º; art. 1035, §4º; 1038, inc. I) e do julgamento de demandas repetitivas (art. 138, §3º; art. 983). As inovações são salutares, atendendo a uma concepção processual inspirada no contraditório substantivo (participação-influência) e no pluralismo jurídico (sociedade aberta dos intérpretes).<sup>653</sup>

<sup>650</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 117, p. 09-41, 2004.

<sup>651</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade. Vol. 1 e 2.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>652</sup> Sobre os poderes e a atuação do *amicus curiae*, parcela dos argumentos jurídicos aqui lançados já haviam sido objeto de análise pretérita por parte deste autor, conforme: AZEVEDO, **Prática cível para Defensoria Pública...**, op. cit., p. 320-328.

<sup>653</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**.

Como legitimados, o artigo 138 conferiu às pessoas físicas e jurídicas, órgãos e entidades especializadas a possibilidade de intervenção em processos coletivos, processos envolvendo litigância repetitiva ou processos individuais dos quais seja possível inferir a relevância, a especificidade ou a repercussão social da causa.

O grande problema foi que o Código Processual limitou a intervenção do *amicus curiae* à análise *ope iudice* de representatividade adequada,<sup>654</sup> indicando que a avaliação judicial deve recair sobre a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia (art. 138, caput). Restringiu, ainda, os poderes processuais do amigo da corte, ao admitir sua fixação pelo magistrado, eliminado também o acesso à esfera recursal, ressalvada a oposição de embargos de declaração e a recorribilidade da decisão que julgar o incidente de demandas repetitivas (art. 138, §§ 1º a 3º).

Quando se avalia estas restrições diante da necessidade de se garantir participação e representatividade adequada a grupos vulneráveis na formação dos precedentes vinculantes, verifica-se que a opção do legislador, *data venia*, foi equivocada. Ora, se o fundamento da intervenção do *amicus curiae* reside no pluralismo jurídico e na abertura dialógica e cooperativa do processo, não cumpre ao legislador ou ao magistrado restringir este instrumento de participação democrática, muito menos à revelia de critérios objetivos definidos em lei.

Diferentemente do que ocorre com a legitimidade disjuntiva e concorrente no processo coletivo, na intervenção do *amicus curiae* não há substituição processual da coletividade, o que embora não suprima por completo a possibilidade do controle *ope iudice* da intervenção, certamente ameniza a necessidade de controle da representação do portador do interesse em juízo. Ademais, não se pode cogitar aqui da importação cega dos requisitos do direito norte-americano utilizados para avaliação da representatividade adequada nas *class actions for damages*, tais como a avaliação concreta pelo magistrado da capacidade técnica, financeira ou probatória. Soaria ilegítimo, por exemplo, o indeferimento da intervenção de uma liderança indígena como *amicus curiae* em um processo de demarcação de terras, arguindo-se suposta ausência de capacidade técnica, financeira ou probatória.

Criticável, ademais, a irrecorribilidade da decisão de admissão e a limitação judicial dos poderes processuais do *amicus curiae*, pois, uma vez reconhecido o interesse público legitimador da intervenção processual, ao *amicus* deveria ser conferido todos os poderes processuais inerentes ao exercício de sua participação processual (ex: apresentar manifestações

---

Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

<sup>654</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. Representatividade Adequada: pressuposto processual específico das Ações Coletivas Brasileiras, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, Ano 6, Vol. X, p. 258-274, 2012.

escritas, produzir provas, contrapor laudos, realizar sustentação oral em plenário etc.), incluindo-se aí a possibilidade de recorrer da decisão que afirma sua própria inadmissibilidade.<sup>655</sup> Isso se agrava em casos de lideranças ou entidades representativas de segmentos vulneráveis da população.

Imperioso, portanto, que a flexibilização das regras envolvendo a intervenção de *amicus curiae* recaia em favor de grupos vulneráveis, ampliando-se a participação e o contraditório substantivo na formação dos provimentos vinculantes.

Em outro plano, mas girando em torno do mesmo epicentro, as regras que diminuem as chances de participação no julgamento do incidente de demandas repetitivas também merecem adaptação, em especial quanto aos prazos instituídos nos artigos 983 e 984 do Código Processual, em que previsto quinze dias para manifestação das partes interessadas a partir da decisão de admissibilidade do incidente e trinta minutos para sustentação oral dividido entre todos os interessados.

Considerando a imensa gama de sujeitos vulneráveis potencialmente atingidos pelo julgamento de uma demanda repetitiva (ex: incidência ou não de um benefício previdenciário a pessoas idosas ou com deficiência), é cediço que haverá dificuldade na intimação de todos os interessados, revelando-se inadequado o prazo legal incluído na legislação.<sup>656</sup>

Não se olvide que as normas constitucionais instituídas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência vedam qualquer ato legislativo estatal limitador da garantia de efetiva participação da pessoa com deficiência nos processos a eles concernentes (artigo 3º e 4º), o que também ocorre, a nível supralegal, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (art. 9.2), com a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e assim, sucessivamente, em relação às legislações protetivas internas de grupos discriminados.

---

<sup>655</sup> Contra a irrecorribilidade da decisão de admissão do *amicus curiae*, Daniel Neves traz perspicaz entendimento, aduzindo que a irrecorribilidade abrangeria apenas a decisão que admite o *amicus curiae* no processo, não se aplicando, *mutatis mutandi*, à decisão que indefere o requerimento de intervenção. Desta decisão, portanto, seria possível interpor o recurso de Agravo de Instrumento. NEVES, **Manual de direito processual civil...**, op. cit., p. 138-139.

<sup>656</sup> Sobre o tema, interessante o posicionamento de Cintia Regina Guedes no sentido de garantir a participação dos grupos vulneráveis mediante a intervenção da Defensoria Pública no incidente de resolução de demandas repetitivas. GUEDES, Cintia Regina. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da defensoria pública como porta voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante**. XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos Santa Catarina, 2017. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA\\_REGINA\\_GUEDES.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA_REGINA_GUEDES.pdf). Acesso em: 02/11/2018.

Da mesma forma, as 100 Regras de Brasília asseguram especial atenção à participação processual das pessoas em condição de vulnerabilidade, com enfoque sobre as pessoas com deficiência (regras 6, 8 e 77), comunidades indígenas (regras 48, 49 e 79) e crianças e adolescentes (regras 5, 78 e 79), instituindo, ademais, verdadeiro mandamento de flexibilização das regras envolvendo requisitos de acesso à justiça (regra 34) e ampliação de legítimos porta-vozes (regra 34).

Por todo o exposto, o processo civil, espaço público de manifestação do poder estatal, não pode simplesmente desconsiderar as especificidades protetivas instituídas em normas hierarquicamente superiores (constitucionais e supralegais), à luz do dever estatal de proteção a indivíduos em situação de vulnerabilidade.

#### 6.4 UMA PROPOSTA FINAL: O MICROSSISTEMA PROCESSUAL DE PROTEÇÃO ÀS VULNERABILIDADES

Embora não seja o objetivo desta pesquisa inovar cientificamente na seara acadêmica processual, não se pode furtar a um apontamento final referente à tutela integrada de indivíduos e grupos vulneráveis, à luz de um microssistema processual protetivo das vulnerabilidades.

Em outro trabalho, já se teve a oportunidade de afirmar que um microssistema jurídico processual pode ser definido como um mosaico integrado de diplomas legais intercomunicantes, cujos comandos normativos se interpenetram e subsidiam, tornando efetiva a tutela jurisdicional dirigida a determinadas classes de direitos.<sup>657</sup> Caracterizam-se ainda os microssistemas pela intertextualidade sistêmica, pela integração dinâmica e pela residualidade de aplicação das regras processuais ordinárias, privilegiando-se os comandos evidenciados nas legislações componentes do conjunto de normas interligadas. É o que ocorre, por exemplo, com o microssistema de processo coletivo, que tem na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) o seu centro valorativo, irradiando aplicabilidade a todos os demais diplomas que compõem o microssistema.

No caso da proteção jurídica destinada a indivíduos e grupos vulneráveis, a ideia de microssistema processual calha à promoção de uma tutela jurídica protetiva das distintas

---

<sup>657</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma Análise feita à luz das Tendências Codificadoras, **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**, v. 2, 2012, p. 111-130.

espécies de vulnerabilidade, tomando-se como ponto de partida o seu traço comum, qual seja, a condição vulnerável.

Referido fio condutor, identificado pela situação de risco ou fragilidade derivada de relações de desrespeito, subjugação ou discriminações histórico-culturais, permite cogitar de uma plêiade de situações normativas protetivas, viabilizando uma tutela jurídica especificamente voltada a estes segmentos sociais. A proposta é vantajosa face à existência de um contingente significativo de grupos vulneráveis no cenário nacional que carecem de representatividade política nas arenas legislativas (é o caso, por exemplo, da população LGBTI, da população em situação de rua, dos refugiados e deslocados internos etc.), permanecendo à deriva de qualquer proteção.

Juridicamente, a proposta de um microssistema processual caminha ainda ao encontro da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, afinal, ao instituírem regras de proteção específicas a pessoas vulneráveis, os tratados internacionais e os estatutos internos desenvolvem uma afinidade incindível, interagindo e complementando-se para concretizar a proteção destas populações marginalizadas.

É o que ocorre com as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade, documento internacional que, sem prescindir da distinção entre as causas de vulnerabilidade, espraia efeitos protetivos sobre todas as classes de grupos vulneráveis, favorecendo um efetivo acesso à justiça aos contingentes sociais excluídos.

A reforçar o alegado, importante considerar que o artigo 13 da Lei Maria da Penha estabelece, assim como a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, verdadeira *norma de reenvio* em relação às normas do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo-se a comunicabilidade entre as regras protetivas.<sup>658</sup>

Portanto, a partir dos princípios metodológicos sugeridos – *pro persona*, *favor vulnerabilis*, adaptação razoável, *in dubio pro vulnerabilis* e da não fruição obrigatória da ação afirmativa – bem como da sistematização das técnicas processuais atinentes à tutela jurisdicional das pessoas em situação de vulnerabilidade, conveniente cogitar de uma intercomunicação entre os estatutos legais protetivos antes citados, garantindo às pessoas em condição de vulnerabilidade um tratamento processual adequado.

---

<sup>658</sup> “[...] em situações excepcionais, a fim de evitar o escândalo e com o objetivo de preservar a imagem da mulher e eventualmente de seus filhos, garantindo-lhes a intimidade, pode o juiz decretar o sigilo do processo, proibindo, ainda, a divulgação de qualquer ato ou a menção do nome das vítimas, tudo por analogia ao disposto no art. 143 do ECA”. CUNHA; PINTO. **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada...**, op. cit., p. 103.

Sob este prisma, defensável que o magistrado: i) promova a adaptação do procedimento consensual a partir das regras 43 e 44 das 100 Regras de Brasília; ii) facilite a adoção da jurisdição mais favorável (*forum shopping*), com base no artigo 15 da Lei Maria da Penha; iii) supra o pressuposto processual da capacidade postulatória com base nos artigos 12, parágrafo 1º, e 19 e 27 da Lei Maria da Penha, 87 da Lei Brasileira de Inclusão, 49, inciso IV, da Lei nº 12.594/2012, 232 da CF/1988 e nas regras 33 e 34 das 100 Regras de Brasília; iv) admita a intervenção de terceiro em favor da parte vulnerável, à luz da regra instituída no artigo 206 do ECA; v) estenda a tramitação prioritária de autos a outros segmentos vulneráveis, com fulcro no artigo 1.048 do CPC/2015, 71 do Estatuto do Idoso, 152, parágrafo 1º, do ECA e 33 da Lei Maria da Penha; vi) amplie as hipóteses de segredo de justiça, com base no artigo 143 do ECA e na regra 76 das 100 Regras de Brasília; vii) autorize o processamento nas férias forenses e a prática de atos em horários noturnos, com suporte no artigo 14, parágrafo único, da Lei Maria da Penha; viii) flexibilize os prazos processuais, com fulcro no artigo 198, inciso II, do ECA; ix) conheça de pedidos de medidas protetivas de urgência deduzidos por sujeitos vulneráveis, com base nos artigos 98 a 102 do ECA, 43 a 45 do Estatuto do Idoso, 18 a 23 da Lei Maria da Penha, 10, parágrafo único da Lei Brasileira de Inclusão e 4º da Lei de Migração; x) valha-se do apoio de equipes multidisciplinares, com base nas regras 41, 64 e 65 das 100 Regras de Brasília, 29 a 32 da Lei Maria da Penha, 150 e 151 do ECA e 2º, parágrafo 1º, 4º, inciso I, e 36, parágrafo 1º, da Lei Brasileira de Inclusão; xi) quando necessário, estenda aos demais grupos as especificidades recursais protetivas dos artigos 198 a 199-E do ECA.

Igualmente admissível, à luz da flexibilização das regras inseridas no Código Processual de 2015, que o magistrado: i) combata o *hate speech* processual, com base na da boa-fé objetiva (arts. 5º, 77, 78 e 80); ii) valorize a autonomia, o direito à informação e a participação no processo, com fulcro nos princípios da cooperação e do contraditório (arts. 6º, 9º e 10); iii) flexibilize as regras de competência territorial do CPC/2015; iv) concentre os atos processuais e valorize a oralidade; v) realize atos jurisdicionais em locais diversos do foro; vi) excepcione à regra da citação epistolar, garantindo-se a intimação pessoal da parte; vii) se valha de comunicação processual eletrônica em favor da parte; viii) adeque os prazos processuais, dilatando-os se necessário (art. 139, inc. VI); ix) controle as convenções processuais à luz da vulnerabilidade (art. 190, par. ún.); x) flexibilize a regra de qualificação da petição inicial em caso de pessoas em situação de rua e pessoas abrigadas (art. 319); xi) dispense o ônus da impugnação específica dos fatos (art. 341); xii) admita a não aplicação dos efeitos da revelia em caso de ausência justificada e a complementação extemporânea da defesa; xiii) distribua dinamicamente o ônus da prova (art. 373); xiv) promova o controle difuso de convencionalidade

de atos e sentenças internos contrários à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos; xv) aplique medidas executivas atípicas na tutela do crédito de sujeitos vulneráveis (arts. 139, inc. IV, 297 e 536, 537 e 538); xvi) dispense a caução para levantamento de depósito e para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução; xvii) adapte o procedimento especial de “interdição”, respeitando-se os direitos da pessoa com deficiência; xviii) flexibilize a obrigatoriedade da sessão consensual no procedimento especial de família; xix) utilize as técnicas da distinção (*distinguishing*) como garantia do direito à diferença e da superação (*overruling*) como garantia de revisão de precedentes contrários aos direitos humanos de grupos vulneráveis; xx) amplie a participação de grupos vulneráveis na formação dos precedentes judiciais, por meio da adaptação das regras envolvendo o *amicus curiae* e a participação de interessados no incidente de demandas repetitivas (art. 138).

Todas as possibilidades de adequação da tutela jurisdicional ora debatidas favorecem uma aplicação sistêmica de normas em favor de sujeitos vulneráveis, à luz de um microsistema processual protetivo.





## 7 NOTAS CONCLUSIVAS

1. A passagem da fase privatista para a fase autonomista foi determinando para o banimento do tema da tutela jurisdicional dos estudos de Direito Processual, ruptura influenciada pelo afastamento científico do processo em relação ao direito material. A retomada do tema à processualística moderna somente se desenvolve a partir do instrumentalismo, fase metodológica que favoreceu o estudo do direito processual à luz do direito material, resgatando a tutela jurisdicional enquanto categoria científica e objeto de análise do processo civil contemporâneo.

2. Conceitualmente, a tutela jurisdicional consubstancia espécie de tutela jurídica *tout court*, referindo-se ao amparo que, por obra da jurisdição, o Estado presta às pessoas e aos direitos materiais via processo em contraditório. Trata-se de direito fundamental que pode ser pensado tanto pelo prisma do *resultado* da atividade jurisdicional, isto é, a partir dos aspectos práticos e jurídicos que a decisão exerce sobre o direito material e sobre a vida das pessoas, quanto pelo prisma dos *meios* preordenados à consecução dos resultados prometidos, englobando o procedimento, a técnica processual e as formas executivas.

3. Em sua extensão *subjetiva*, a tutela jurisdicional alcança indistintamente tanto ao autor quanto ao réu. Nesta ótica, a experiência jurisdicional da tutela do direito agrega não apenas a preservação de direitos materiais, mas também a preservação de direitos e garantias processuais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Não há, igualmente, diferença qualitativa entre a tutela jurisdicional prestada ao autor e aquela dirigida ao réu, a qual se diferencia apenas em razão da intensidade do amparo jurídico dirigido ao vencedor. Já em sua extensão *objetiva*, a tutela jurisdicional abrange não apenas a tutela do ordenamento objetivo, mas também – e precipuamente – a tutela das pessoas. Tal se verifica, especialmente, quando a atividade jurisdicional recai sobre pretensões que demandam proteção ao patrimônio existencial dos sujeitos processuais.

4. No que tange a seu conteúdo, o direito fundamental à tutela jurisdicional sintetiza o chamado processo justo (*giusto processo; fair procedure; faire Verfahren*), orientando-se por três dimensões definidas pela doutrina contemporânea: i) direito à efetividade do provimento jurisdicional; ii) direito à adequação do procedimento e da técnica processual; iii) direito à

tempestividade. Todas estas dimensões concorrem para a garantia do direito fundamental à tutela jurisdicional.

5. O paradigma constitucional do processo impõe uma reorientação funcional do clássico conceito de tutela jurisdicional, migrando da ideia de tutela de direitos subjetivos abstratos para a ideia de tutela das pessoas. A *tutela jurisdicional humanista*, portanto, é aquela que coloca em realce os compromissos políticos e sociais do Direito Processual Civil em relação à proteção da dignidade do homem e à promoção dos direitos humanos (artigos 1º, 8º e 13 do Código Processual de 2015).

6. Sob o prisma da adequação, a adoção de uma tutela jurisdicional humanista implica pensar a predisposição da técnica processual levando-se em consideração as necessidades concretas das pessoas que acessam o Poder Judiciário em situação de fragilidade. Cumpre, portanto, à técnica processual a missão constitucional de ofertar meios operacionais para que a tutela jurisdicional não implique fator de injustiça procedimental às partes.

7. À luz dos compromissos políticos e sociais assumidos pelo Estado Constitucional brasileiro, a adequação da técnica processual não pode deixar de considerar a vulnerabilidade dos sujeitos processuais que acessam a justiça na defesa de seus direitos, resguardando, de um lado, sua dignidade, igualdade e diversidade, e combatendo, de outro, a discriminação, a exclusão e a estigmatização, elementos que obstaculizam o acesso à ordem jurídica justa.

8. Embora compreenda uma ferramenta interdisciplinar vigorosa em tempos atuais, quando pensada pelo prisma do Direito a vulnerabilidade deve evitar uma aproximação com a vulnerabilidade natural (inerente a todo ser humano). Deve, ao invés, ser pensada sob uma ótica deontológica, capaz de orientar ações voltadas ao adequado tratamento de situações de risco social, servindo de princípio progressivo à superação de condições de fragilidade.

9. São consideradas premissas epistemológicas ao estudo jurídico da vulnerabilidade, o *multiculturalismo*, a *insuficiência da igualdade material distributiva* e as *teorias sobre o reconhecimento*. Possível concluir, portanto, que: i) a questão da vulnerabilidade de indivíduos e grupos encontra-se hoje inserida no paradigma multicultural da sociedade globalizada; ii) o princípio da igualdade substantiva, instrumentalizado por meio de remédios redistributivos de bens e recursos, é insuficiente ao adequado tratamento de muitas reivindicações

contemporâneas por justiça, as quais almejam não apenas redistribuição, mas também reconhecimento; iii) face à importância do reconhecimento da diferença para uma existência digna, necessário investir em medidas inclusivas que permitam a valorização da diversidade, o enfrentamento de injustiças culturais e a eliminação de padrões discriminatórios envolvendo grupos marginalizados.

10. Juridicamente, a vulnerabilidade pode ser conceituada como a situação de predisposição a um risco social, ostentada por um sujeito ou grupo, a qual, em função de determinantes históricas, sociais e culturais, favorece uma condição específica de violação de direitos humanos, reprodutora de situações de desrespeito, subjugação, assimetria de poder ou diminuição da cidadania, ofendendo a existência digna.

11. São elementos tipificadores da vulnerabilidade o *elemento estruturante* e os *elementos distintivos*. O elemento estruturante revela-se na condição vulnerável, a qual, por sua vez, reúne as noções de risco social e violação de direitos humanos. Já os elementos distintivos congregam qualificativos da vulnerabilidade na gramática social contemporânea, podendo se manifestar em razão da idade, do gênero, da raça, da etnia, do estado físico ou mental, da situação socioeconômica, dentre outras experiências sociais.

12. São características da vulnerabilidade a *construtividade*, a *reversibilidade*, a *transitividade* e a *interseccionalidade*. A primeira indica que a vulnerabilidade deve ser considerada como um *constructo*, originado de fatores históricos, sociais e políticos reproduzidos ao longo do tempo. A segunda aponta que a vulnerabilidade apresenta uma descontinuidade viável à luz de práticas sociais que amenizam o processo de marginalização. A terceira informa que a vulnerabilidade é mutável no tempo, sendo dinamicamente moldada por relações sociais. Por fim, a quarta indica que as diferentes manifestações da vulnerabilidade sofrem influência recíproca na interação social.

13. À luz da dualidade de reivindicações por justiça na contemporaneidade (redistribuição e reconhecimento), possível classificar a vulnerabilidade em *socioeconômica* e *sociocultural*. No primeiro caso, vincular-se-ia à desigual distribuição de bens e recursos sociais, demandando medidas redistributivas para seu adequado tratamento, à luz do princípio da isonomia. No segundo caso, imbricar-se-ia às reivindicações de ordem cultural, histórica ou identitária, cujas aspirações por reconhecimento reclamam medidas inclusivas à luz da do respeito à diferença.

Assim, enquanto a igualdade se opõe à desigualdade revelada pela injusta distribuição de bens e recursos sociais, a diferença se opõe à padronização social e ao arquétipo homogêneo, combatendo a desintegração social derivada do não reconhecimento de identidades.

14. Formam espécies socioculturais de vulnerabilidade a *etária*, a *biopsíquica*, a *étnica-racial* e a de *gênero*. No primeiro grupo encontram-se crianças, adolescentes, jovens e idosos. No segundo, as comunidades tradicionais (índios, quilombolas, etc.), minorias étnicas (migrantes, refugiados etc.) além de discriminados raciais (caso dos negros). No terceiro, situam-se as pessoas com deficiência (física, intelectual ou sensorial). Já a vulnerabilidade de gênero reúne fragilidades sofridas por mulheres e pela população LGBTI. Há ainda grupos historicamente discriminados que se caracterizam por carregar uma intersecção natural de vulnerabilidades, como ocorre por exemplo em relação às pessoas em situação de rua.

15. O conceito jurídico de vulnerabilidade não se confunde com o conceito de *minoría* (noção numérica ou quantitativa de um grupo em relação à sociedade majoritária), *hipossuficiência* (incapacidade socioeconômica de suprimento das próprias necessidades) ou *vitimização* (situação decorrente de um dano ou prejuízo efetivo). Por sua vez, a *hipervulnerabilidade* corresponde à concorrência de mais de um fator de vulnerabilidade experimentado nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço.

16. São fundamentos jurídicos gerais da tutela da vulnerabilidade sociocultural: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/1988), a cláusula constitucional de antidiscriminação (art. 3º, inc. IV, CF/1988), o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as 100 regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.

17. Para que se possa cogitar de um processo justo, síntese epistemológica do direito fundamental à tutela jurisdicional, necessário que o processo civil atenda a ambas as reivindicações contemporâneas por justiça, oferecendo não apenas remédios redistributivos como forma de adequado tratamento da vulnerabilidade socioeconômica, mas também remédios inclusivos como forma de adequado tratamento da vulnerabilidade sociocultural.

18. No paradigma democrático e multicultural, o processo civil deve cercar-se dos instrumentos e garantias necessárias para assumir, sempre que a realidade assim impuser, uma perspectiva procedimental contramajoritária, impedindo que a técnica processual se coloque a serviço da

exclusão, da estigmatização ou do desrespeito à diferença. Sintetizando: os grupos vulneráveis têm direito à igualdade procedimental quando a diferença os inferioriza e à diferenciação procedimental quando a igualdade os descaracteriza.

19. O processo de cunho social, que se propõe a compensar os déficits de igualdade material entre as partes, revela-se insuficiente ao adequado tratamento dos conflitos que mantém em seu âmago questões identitárias ou pretensões ligadas a discriminações histórico-culturais. Essa constatação denuncia não apenas as limitações da socialização processual para o enfrentamento dos processos de exclusão decorrentes das relações de subordinação e risco social, mas também a necessidade de se repensar o formalismo e a técnica processual a partir destes “novos problemas”. Necessário, portanto, que o processo civil considere, ao lado das vulnerabilidades socioeconômicas, as vulnerabilidades socioculturais presentes nos casos concretos, evitando que a noção de igualdade opere sob a premissa da anulação da diferença.

20. A consideração da vulnerabilidade sociocultural não configura um compromisso meramente ético ou político do processo civil, uma vez que, por encontrar-se inserido no paradigma constitucional (art. 1º, CPC/2015), a disciplina processual deve migrar do plano axiológico para o plano deontológico a partir da concretização de princípios, regras e postulados estabelecidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais é possível destacar o respeito à dignidade humana, a promoção da cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e o combate ao preconceito e à discriminação, assim como a proteção dos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 13, CPC/2015). Por questão de coerência metodológica, portanto, o processo civil deve concretizar ações, políticas, remédios e apoios em prol de segmentos vulneráveis da população.

21. Como novas exigências por justiça derivada da consideração da vulnerabilidade sociocultural pelo processo, possível elencar: i) a necessidade de um processo civil não discriminatório, vedando-se a reprodução do *hate speech* processual e a emissão de críticas morais ou juízos de valor sobre o “modo de ser” ou sobre o “projeto de vida” de pessoas em condição de vulnerabilidade; ii) a necessidade de um processo civil que respeite à diferença, garantindo-se a adequada identificação do sujeito vulnerável carente de proteção; iii) a necessidade de um processo civil inclusivo, voltado a facilitar o acesso à justiça de segmentos vulneráveis, seja mediante a adaptação de remédios processuais específicos, seja mediante a remoção de obstáculos administrativos ou judiciais indevidos; iv) a necessidade de um

processo civil que valorize a autonomia individual, a liberdade de escolha e a participação de sujeitos vulneráveis.

22. “Ações processuais afirmativas” ou “discriminações processuais positivas” são instrumentos voltados a conferir adequado tratamento à vulnerabilidade no processo. Estas medidas se desenvolvem em dois planos: a) legislativo, que envolve a formulação de procedimentos e remédios processuais *in abstracto*; b) jurisdicional, que permite a adequação procedimental frente às situações de vulnerabilidade concretamente apresentadas. Possível cogitar ainda de *ações afirmativas processuais redistributivas*, tendo por objeto medidas e apoios voltados a renivelar desigualdades de natureza socioeconômica, e de *ações afirmativas processuais inclusivas*, tendo por escopo o enaltecimento da diversidade e a particularização da diferença.

23. A tutela jurisdicional humanista ergue-se enquanto premissa à adequação da tutela jurisdicional em favor de indivíduos e grupos vulneráveis, eis que, ao centrar suas preocupações na tutela de pessoas e não na tutela de direitos subjetivos abstratos, permite um repensar do formalismo processual, projetando novos rumos procedimentais ao adequado acesso à justiça de populações marginalizadas.

24. São fundamentos normativos da adequação da tutela jurisdicional em favor de indivíduos vulneráveis, a garantia fundamental de inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inc. XXXV), a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF/1988; art. 8º, CPC/2015), a cláusula constitucional de antidiscriminação (art. 3º, inc. IV), os mandamentos de flexibilização contidos nos tratados internacionais de direitos humanos e as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em condição de Vulnerabilidade.

25. Relevante que o procedimento permita a avaliação concreta pelo magistrado da condição vulnerável suscitada pela parte, condição de possibilidade para a adaptação da técnica processual às situações de fragilidade sociocultural. Consubstanciam nortes à atividade de avaliação concreta da vulnerabilidade no processo pelo magistrado as regras 1.3 e 1.4 das 100 Regras de Brasília e a cláusula-geral de avaliação judicial da vulnerabilidade incluída no parágrafo único do artigo 190 do Código Processual de 2015. Constituem ainda vetores metodológicos voltados a subsidiar a atividade jurisdicional de adequação da técnica processual em favor de indivíduos vulneráveis os princípios: a) *pro persona*, o qual assegura prioridade à

norma mais favorável, diante de situações de antinomia normativa ou entrecruzamento de vulnerabilidades; b) *favor vulnerabilis*, que impõe o favorecimento da parte vulnerável como premissa à flexibilização das regras processuais; c) *da adaptação razoável*, o qual visa incentivar uma acomodação razoável dos interesses de grupos vulneráveis na flexibilização das normas processuais, amenizando o impacto desproporcional que a adaptação cega pode surtir em relação a grupos não hegemônicos; d) *in dubio pro vulnerabilis*, que impõe um favorecimento hermenêutico do sujeito vulnerável, diante de várias interpretações possíveis das regras processuais; e) *da proteção integral*, o qual visa garantir um tratamento integrado das situações peculiares de fragilização e risco social; f) *da não fruição obrigatória da ação afirmativa*, o qual assegura a excepcionalidade da adequação jurisdicional e a valorização da autonomia da vontade da parte vulnerável, a qual não está obrigada ao desfrute de nenhuma medida afirmativa processual.

26. No que toca à sistematização das principais ações afirmativas processuais contidas nas legislações protetivas, curial apontar: i) a adaptação do procedimento consensual de resolução de conflitos a partir das regras 43 e 44 das 100 Regras de Brasília; ii) a adoção da jurisdição mais favorável (*forum shopping*) com base no artigo 15 da Lei Maria da Penha; iii) o suprimento do pressuposto processual da capacidade postulatória com base nos artigos 12, §1º, 19 e 27 da Lei Maria da Penha, 87 da Lei Brasileira de Inclusão, 49, inciso IV, da Lei nº 12.594/2012 e regras 33 e 34 das 100 Regras de Brasília; iv) a garantia de assistência jurídica integral e gratuita prestada pela Defensoria Pública com fulcro nas regras 28, 29 e 30 das 100 Regras de Brasília; v) a extensão da intervenção de terceiro *in favor vulnerabilis* instituída no artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente; vi) a extensão da tramitação prioritária de autos com fulcro no artigo 1.048 do Código Processual de 2015, 71 do Estatuto do Idoso, 152, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 33 da Lei Maria da Penha; vii) a concentração de atos processuais e a valorização da oralidade com supedâneo nas regras 35 e 69 das 100 Regras de Brasília; viii) a ampliação das hipóteses de segredo de justiça com base no artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na regra 76 das 100 Regras de Brasília; ix) a autorização do processamento nas férias forenses e a prática de atos em horários noturnos com suporte no artigo 14, parágrafo único, da Lei Maria da Penha; x) a flexibilização dos prazos processuais com fulcro no artigo 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente; xi) o conhecimento de pedidos de medidas protetivas de urgência deduzidos por sujeitos vulneráveis com base nos artigos 98 a 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 43 a 45 do Estatuto do Idoso, 18 a 23 da Lei Maria da Penha, 10, parágrafo único, da Lei Brasileira de Inclusão e 4º da Lei Nacional de

Migração; xii) o apoio de equipes multidisciplinares com supedâneo nas regras 41, 64 e 65 das 100 Regras de Brasília, 29 a 32 da Lei Maria da Penha, 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 2º, §1º, 4º, inciso I, e 36, §1º, da Lei Brasileira de Inclusão; xiii) a extensão das especificidades recursais previstas nos artigos 198 a 199-E do Estatuto da Criança e do Adolescente a outros grupos vulneráveis.

27. No que tange à sistematização das hipóteses de flexibilização do procedimento e adaptação das técnicas processuais inseridas no Código Processual de 2015, relevante mencionar: i) o combate ao *hate speech* processual com base no princípio da boa-fé objetiva (arts. 5º, 77, 78 e 80); ii) a valorização da autonomia, do direito à informação e da participação com fulcro nos princípios da cooperação e do contraditório (arts. 6º, 9º e 10); iii) a flexibilização das regras de competência territorial (arts. 47 e 53); iv) a realização de atos jurisdicionais em locais diversos do fórum (art. 751); v) a intimação pessoal da parte, excepcionando a regra da citação epistolar (art. 247); vi) a comunicação processual por via eletrônica (arts. 193 a 195); vii) a adaptação de prazos processuais (art. 139, inc. VI); viii) o controle das convenções processuais em razão da vulnerabilidade (art. 190, par. ún.); ix) o respeito ao nome social em demandas envolvendo identidade de gênero e a flexibilização da regra de qualificação da petição inicial em casos de pessoas em situação de rua ou abrigo (art. 319); x) a dispensa do ônus da impugnação específica dos fatos (art. 341); xi) a não aplicação dos efeitos da revelia em caso de ausência justificada e a possibilidade de complementação extemporânea da defesa; xii) a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373); xiii) o controle difuso de convencionalidade de sentenças internas contrários às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; xiv) a aplicação de medidas executivas atípicas na tutela do crédito de sujeitos vulneráveis (arts. 139, inc. IV, 297 e 536, 537 e 538); xv) a dispensa de caução para levantamento de depósito e para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução; xvi) a adaptação do procedimento especial de “interdição”, em respeito aos direitos da pessoa com deficiência; xvii) a flexibilização da obrigatoriedade da sessão consensual no procedimento especial de família em caso de pessoas em situação de violência; xviii) a utilização da técnica de distinção (*distinguishing*) como garantia do direito à diversidade; xix) a utilização da técnica de superação (*overruling*) como garantia de revisão de precedentes contrários aos direitos humanos de grupos vulneráveis (arts. 489, §1º, VI); xx) a ampliação da participação de grupos vulneráveis na formação dos precedentes judiciais, por meio da adaptação das regras envolvendo a admissão do *amicus curiae* e a participação de interessados no incidente de demandas repetitivas (arts. 138, 983 e 984).



28. A proposta de um microsistema processual protetivo calha à promoção de uma tutela jurisdicional adequada às pessoas em condição de vulnerabilidade sociocultural. Juridicamente, o microsistema se fundamentaria na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, nas 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, assim como no artigo 13 da Lei Maria da Penha, o qual prevê norma expressa de reenvio em relação às regras do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo a intercomunicabilidade das regras protetivas.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, dez./2008.

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC. Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Comentários ao art. 71 e parágrafos da Lei 10.714/2003. *In*: PINHEIRO, Naide Maria (coord.). **Estatuto do idoso comentado**. 4. ed. Campinas: Servandas, 2008.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal. Tomo 2**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato de litigiosidade coletiva. *In*: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 301-315.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDOLINA, Italo; VIGNEIRA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1990.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Estudo sobre a efetividade do processo de execução**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 72, 1993.

ARAÚJO, Fabíola Souza. **Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2016.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 65.

AROCA, Juan Montero. *El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía*, **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, v. 32, n. 32, 2006.

\_\_\_\_\_. *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2011;

ASSIS, Araken de. **Direito comparado e a eficiência do sistema judiciário**. Revista do Advogado, n. 43, p. 9-25, jun. 1994.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9ª e. Salvador: Juspodivm, 2011.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **A atuação da Defensoria Pública em favor de vulneráveis: proposta de um perfil institucional à luz da função promocional dos direitos humanos**. Congresso Nacional de Defensores Públicos (15-17 nov. 2017: Santa Catarina). Livro de teses e práticas exitosas - Defensoria Pública: em defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade, p. 95-105.

\_\_\_\_\_. A jurisdição e a ação no CPC/2015: um olhar renovado sobre as categorias fundamentais do processo civil. *In*: SILVA, Franklyn Roger Alves. **O CPC 2015 e a perspectiva da Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 69-82.

\_\_\_\_\_. **O microsistema de Processo Coletivo Brasileiro: Uma Análise feita à luz das Tendências Codificadoras**, Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 2, 2012.

\_\_\_\_\_. **Prática cível para Defensoria Pública**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

\_\_\_\_\_. Representatividade Adequada: pressuposto processual específico das Ações Coletivas Brasileiras, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Ano 6, Vol. X, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 01**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. *In*: PEREIRA, TÂNIA da; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes**. Coleção grandes temas do Novo CPC. Vol. 3. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional. Vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Laércio Alexandre. **Contratos Bancários - execuções especiais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BECKER, Laércio. **O mito da neutralidade do juiz**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16673-16674-1-PB.htm>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. 6 e. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BENOIT (F. P.). *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la “Philosophie du droit” de Hegel*. In: GALBERT (J.M.), TERCINET (M.R.). *Mélanges en l’honneur du Professeur Gustave Peiser*. Grenoble, PUG, 1995.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Ideologías y proceso*. In: **Processo em Jornadas**. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho et. al. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2016.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLONDEL, Marion. *La personne vulnérable en droit international*. Droit. Université de Bordeaux, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOECKEL, Fabrício Dani de. **Tutela jurisdicional do direito a alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAGA, Paulo Sarna. **Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015.** São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Trad. Miguel Angel Rosa Lichtstein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Normas Fundamentais.** Coleção grandes temas do Novo CPC, Vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 231, maio/2014.

\_\_\_\_\_. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva.** 2ª série. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio/2007.

\_\_\_\_\_. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

\_\_\_\_\_. **Convenções processuais.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil.** Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.

\_\_\_\_\_. **Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares.** Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil. Vol. 1.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

CAMARGO, Solano de. **Forum shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTEROS, Fermín. *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal.* Rosário: Juris, 2012

CAPOTORTI, Francesco. *Minority Rights: internacional standarts and guidance for implementation.* ONU.E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1,§568. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf). Acesso em 18 de outubro de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade. Vol. 1.** Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008

\_\_\_\_\_. **Processo, ideologias e sociedade. Vol. II.** Trad. Hermes Zanetti Jr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal.** Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso.* Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

\_\_\_\_\_. *Diritto e processo.* Nápoles: Morano, 1953-1958, n. 232.

\_\_\_\_\_. *Sistema di diritto processuale civile. Vol. I.* Padova: CEDAM, 1936.

CASTRO, Daniel Penteadó de. Considerações sobre a sobrevivência dos procedimentos especiais no NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). In: **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas.** Salvador: Juspodivm, 2015.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual.** Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona.* 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 1969.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil. Vol. 2.** Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil. Vol. 3.** Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

\_\_\_\_\_. **Principii di diritto processuale civile.** Napoli, Jovene, 1980.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 31ª e. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il giusto processo nella dimensione comparatística.** *Rivista di diritto processuale* 3, v. 57, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. **La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi.** *Rivista di diritto processuale.* Padova: CEDAM, 1990.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile. Vol I.** 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade – temas aprofundados.** Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia.** Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito vivo das liminares.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos des derecho procesal civil.** 4. ed. Montevideo: Bdef Editorial, 2010.

\_\_\_\_\_. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil.** Montevideo: Imprensa Uruguaya, 1945.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Estudos sobre o processo e a constituição de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). In: **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada - Parte Geral.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DEGENKOLB. **Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen.** Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1877.

DELFINO, Lúcio. **Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional?** *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, abr./jun. 2017.



DESCOLA, Philippe. **Outras naturezas, outras culturas**. Trad. Cecília Ciscato. São Paulo: Editora 34, 2016.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER Jr., Fredie Souza. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista de Direito Processual Civil**, Gênese, Curitiba, n. 21, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 20ª e. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago./2011.

\_\_\_\_\_. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *In: Negócios processuais*. Coleção grandes temas do novo CPC. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o novo CPC. *In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Legislação processual extravagante*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie Souza; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela jurisdicional adequada. *In: DIDIER JR., Fredie et. al. (coord.). Justiça Multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coleção grandes temas do NCPC. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Litisconsórcio.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DUARTE, Clarice Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção à minoria. *In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord). Direito à diferença – aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, Vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho.** Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedents.* Cambridge University Press: Cambridge, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

ESTEVES, Diogo; ALVES SILVA, Franklyn Roger. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Adequação dos prazos como forma de adaptar procedimentos: ação de prestação de contas, **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 197, p. 414-444, jul./2011.

FALLON JR., Richard. *Stare decisis ante the Constitution: na essay on constitutional methodology.* New York University Review, n. 76, 2001.

FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents.* 90 Minnesota Law Review, 1.173, 2005.

FAUNDEZ, Julio. *Non state Justice Systems in Latin America. Case Studies: Peru and Colombia,* University of Warwick, 2003. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTJUSFORPOOR/Resources/NonStateJusticeSystemsInLatinAmerica.pdf>. Acesso em: 30/10/2018.

FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina.* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958.

\_\_\_\_\_. *Instituzioni di Diritto Processuale.* 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

\_\_\_\_\_. *Note in tema di diritto e processo.* Milano: Giuffrè, 1957.

\_\_\_\_\_. **Procedimento e processo (teoria generale).** *In: Enciclopedia del diritto.* Milano: Giuffrè, 1986.

FERES JR., João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Política Contemporânea: uma introdução.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha – o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). **Vulnérabilité et le droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. O princípio constitucional da igualdade em confronto com a lei que confere tratamento processual privilegiado aos idosos; análise da constitucionalidade da Lei 10.173, de 09/01/2002, **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 106, p. 294, abr./jun., 2002.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSÊCA, Vitor. **Processo civil e direitos humanos**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia. **I Relatório de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília: ANADEP, 2015.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

FUX, Luiz. **Tutela da segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada. Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016

\_\_\_\_\_. **Técnicas de aceleração do processo**. Franca: Lemos & Cruz, 2003

GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. *Law and society review*, Vol. 4, 1974.

GALINDO, BRUNO. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público como substituto processual no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional diferenciada e técnica processual. *In*: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cassia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (coord.). **Temas atuais de tutelas diferenciadas. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: EJE, 1961.

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e principio da igualdade - o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. *In*: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: UERJ, ano 1, Vol. 1, out-dez, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. Cumprimento da sentença. *In*: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **A nova execução de títulos judiciais – comentários à Lei 11.232/05**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Revisitando a teoria geral do processo. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho et. al (coord.). **Processo em Jornadas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GROSTEIN, Julio. O papel da Defensoria Pública na mutação constitucional: um enfoque à luz das atribuições institucionais. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto (coords.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública. Vol. 2**. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2014.

GUANDALINI JR., Walter. O sentido do teu mundo. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à**

**diferença – aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis, Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GUEDES, Cintia Regina. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da defensoria pública como porta voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante.** XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos Santa Catarina, 2017. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA\\_REGINA\\_GUEDES.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/38642/CINTIA_REGINA_GUEDES.pdf). Acesso em: 02/11/2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como ideologia.** Lisboa: Edições 70, 1987.

HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales de derechos humanos em el orden interno: la importância del principio pro homine*, **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 39, Costa Rica, 2004.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvenção de los derechos humanos.* Madrid: Atrapasueños, 2005.

HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2006.

HESS, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. de *Gilmar Ferreira Mendes*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBEL; Daniel Guimarães. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

KYMLICKA, Will. Para além da dicotomia indígena/minoria? *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Vol. 8. t. I, p. 23.

\_\_\_\_\_. O Código como sistema legal de adequação do processo, **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1976.

\_\_\_\_\_. Processo e cultura, **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, Saraiva, v. 3, 1961.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual. Vol I**. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público - artigos 25 e 26. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: *Lumen juris*, 2011.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Medidas preventivas**. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, n. 53, 1958.

LOPES, Ana Maria D'ávilla. Tolerar para coexistir, dialogar para conviver: desafios do multiculturalismo. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Reclamação fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. *In*: DIDIER JR., Fredie; org. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAIA, Maurilio Casas. 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. *In*: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). **Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada - Parte Geral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile. Vol. I*. 11ª e. Torino: Giappichelli.

MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. **Procedimentos especiais**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao artigo 6º. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições. Vol. 1**. São Paulo: Forense, 1958.

MARTINEZ, Fernando Rey. *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*, **Revista española de derecho constitucional**, nº 84, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

MARTINS COSTA, Judith. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 219-231, abr/jun, 1993.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997

MATTOS, Patrícia de Castro. **A sociologia política do reconhecimento. As contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.



MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil. Tomos 8 e 12**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Tratado das Ações. Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. Revista de Processo, v. 36, n. 197, p. 27-66, jul./2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? *In*: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). **Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril cultural, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação de tutela: algumas questões controvertidas**. *In*: Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: **Temas de direito processual. 3ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. *In*: **Temas de Direito Processual. 6ª série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *In*: **Temas de Direito Processual. 4ª série**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *In: Temas de Direito Processual. 3ª Série.* São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual: 8ª série.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileira sobre ações afirmativas. JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (org.). *In: Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 2.* São Paulo: Saraiva, 2013.

NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do Processo Civil contemporâneo.** São Paulo: Malheiros, 2016.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, José Mario Wanderley Gomes; VEIGA, Ana Carolina Gomes. **Crítica aos dispositivos processuais contidos no Estatuto do Idoso: um estudo de caso frente ao acesso à justiça.** Revista de Processo, v. 143, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. Direitos humanos: inclusão ou reconhecimento. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). Direito à diversidade.* São Paulo: Atlas, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. Diversidade cultural e a efetivação dos direitos humanos. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). Direito à diversidade.* São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte *et. al.* **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral.** São Paulo: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Efetividade e processo de conhecimento, **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, 1999.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. *In*: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, **Revista de Processo**, v. 33, n. 155, p. 11-26, jan. 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. São Paulo: Forense, 2008.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano*. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017.

PAIVA, Caio Cezar. **Prática Penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ensaios e artigos. Vol. II**. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). Col. Obras de J. J. Calmon de Passos. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire; DIAS Ronaldo Brêtas de Carvalho (coord.). **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERONI, Lourdes; TIMMER, Alexandra. *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, nº 4, Oxford University Press and New York University School of law, 2013.

PETERS, Michael. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. *In*: MORELLO, Augusto M. *et. al.* (coord.). **Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno**. La Plata: LEP, 1992.

\_\_\_\_\_. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba*, **Revista uruguaya de derecho procesal**, n. 2, 1992.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la representación de los derechos humanos*. *In*: **La aplicación de los tratados de derechos**

*humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997.

PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica. Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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 Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). **Direitos Fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PISANI, Andréa Proto. *Breve premessa a um corso sulla Giustizia Civile*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Carucci, 1982.

\_\_\_\_\_. *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*. Foro Italiano, 1983.

\_\_\_\_\_. *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*. Rivista di diritto processuale, 1975.

\_\_\_\_\_. *Nuovi diritti e tecniche di tutela*. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari. Vol. 2*. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. *Problemi della c. d. tutela giurisdizionale differenziata*. Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuci, 1982.

\_\_\_\_\_. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, n° 4, 1979.

\_\_\_\_\_. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*. Studi di diritto processuale del lavoro. Milano: Giuffrè, 1977.

PLÓSZ, Alexander. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1880.

QUEIROZ, M.P.M. **Diversidade e desigualdade: guia de estudos**. Lavras: UFLA, 2010.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional**. Revista de Processo, vol. 187, set. 2010.

RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil: proceso cautelar. Vol. 5*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- ROCHA, Cármen Lucia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade, *Revista Informação Legislativa*, v. 33, n. 131, jul/ste, 1996.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente – comentado artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SALLES, Carlos Alberto de. Procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. *In: 40 anos da teoria geral do processo*. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- \_\_\_\_\_. A construção intercultural da igualdade e da diferença. *In: A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2010.
- \_\_\_\_\_. Uma concepção multicultural dos direitos humanos, *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, Lua nova, nº 39, 1997.
- SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*, **Standford Law Review**, vol. 39, 1987.
- SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.
- SÊNECA. **Sobre a brevidade da vida**. Trad. William Li. São Paulo: L&PM.
- SHRADER, Elizabeth ; SAGOT, Montserrat. **Domestic Violence: Women's Way Out**. Washington: Pan American Health Organization, 2000. Acesso em 10/11/2018. Disponível em: <http://www1.paho.org/english/hdp/hdw/womenswayout.pdf>
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no Processo Civil brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. Tendências evolutivas da execução civil brasileira. *In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A curadoria especial no Novo Código de Processo Civil. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria Pública - Col. Repercussões do Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do processo cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria da ação cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996;

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil. Vol. 1**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMMEL, Geog. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada. Tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Jamille Fernanda Ferreira de. Políticas públicas e direitos fundamentais do idoso: abordagem brasileira. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu reis Campos. **Minorias & grupos vulneráveis. Reflexões para uma tutela inclusiva**. Birigui/SP: Boreal Editora, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo – um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. São Paulo: É Realizações, 2016.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tutela monitoria – A ação monitoria – Lei 9.079/95.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa.* Bologna: Il Mulino, 1989.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mediação nos conflitos civis.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, set./2007.

\_\_\_\_\_. *Cultura e processo, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno 63, Milano, 2009.

TARZIA, Giuseppe. *Considerazioni conclusive. Les mesures provisoires em procédure civile.* Milano: Giuffrè, 1985.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos.** São Paulo: Edições Loyola, 2000.

\_\_\_\_\_. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** São Paulo: Edições Loyola, 1997.

\_\_\_\_\_. *Multiculturalism and the Politics of Recognition.* Princeton: Princeton University Press, 1992.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Juspodivm, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Les minorités dans le Droit civil brésilien. In: Travaux de l'Association Henri Capitant: journées Mexicaines.* Rapport Brésilien, mai./2002.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1.** 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Estrutura e função no campo do Direito Processual – visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional.* THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Cautelar.** 25. ed. São Paulo: LEUD, 2010.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional de urgência.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. **Novo CPC – fundamentos e sistematização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMMASEO, Ferruccio, *Appunti di diritto processuale civile.* Torino: Giappichelli, 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. 1.** Porto Alegre: Fabris, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação monitória.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). *In:* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial.** *In:* **Direito Jurisprudencial.** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tempo e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico – história e direito vigente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Lições de história do processo civil romano.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas.** Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017.

VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens.** Trad. Rosa Freire d’Aguilar. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

VIDIGAL, Erick. O novo CPC e a dignidade da pessoa humana: primeiros passos rumos à construção de uma doutrina humanista de Direito Processual Civil. *In:* FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno *et. al* (coord.). **Novas tendências do Processo Civil – estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Vol. I.** Salvador: JusPodivm, 2013.

VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. *In:* ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça Multiportas.** Col. Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017.

WACH, Adolf. **Handbuch des deutshen Civilprozessrechts.** Leipzig: Duncker & Humblot, 1886.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Vol. 1.** 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; NETO, Caetano Lagrasta; WATANABE, Kazuo (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo - revolução na prestação jurisdicional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código brasileiro de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE, Maurício e Moraes (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Coleção grandes temas do novo CPC. Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declarações de vontade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPF Editora, 2006.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público e o Novo processo civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no Direito brasileiro. *In*: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. *In*: **O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

## JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka vs Suriname*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C, n. 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentença de 04 de julho de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Rosendo Cantú e outra*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C, n. 216.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental 573/MS**. Corte especial, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 29.06.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo nº 899.653-RJ**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/08/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 990085-PA**. Rel. Min., Francisco Falcão, j. 19.02.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 149.964-MS**. Rel. Min. Felix Fisher, j. 22.03.2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 101.569-PR**. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25.08.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 111.130-SC**. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 08.09.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 56.438-MS**. Rel. Min. Félix Fischer, j. 07/08/2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 294952-SC**. Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/04/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 379.169-MS**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mandado de Segurança nº 13.248-DF**. Rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.550.166-DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/11/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1475006-MT**. Rel. Min. MOURA RIBEIRO, j. 14/10/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 931.513-RS**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.11.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.145.083-MG**. Rel. Min. Antonio Herman Benjamin, j. 27.09.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.548.57-DF**. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26.05.1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.279.586-PR**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/10/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 510.229/RJ**. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 897682-MS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.640.040-SP**. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.245.744-SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28.06.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1419421-GO**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 11/02/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 983.250/RJ**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.04.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 140**. TERCEIRA SEÇÃO, j. 18/05/1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 82.424-SP**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 19/3/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 91.361-SP**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.09.2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 466.343-SP**. Rel. Min. César Peluso, j. 03.12.2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2ª Câmara de Direito Criminal. **Apelação nº 0017860-23.2014.8.26.0002**. Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 13/06/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2ª Câmara de Direito Privado. **Agravo nº 2094427-96.2016.8.26.0000**. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 13.05.2016.