

Prefácio

Os estudos reunidos neste livro, sob a coordenação do Desembargador Fagundes Cunha, em oportuna homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina, notável jurista e eminente colega no Superior Tribunal de Justiça, têm como *leitmotiv* o Direito nos tribunais superiores, tema de amplo alcance e de interesse imediato para todos os aplicadores do direito.

A recente aprovação pelo Senado do novo Código de Processo Civil, inspirado por uma ética de precedentes, irá potencializar a relevante missão constitucional das Cortes superiores. É o que demonstra Arruda Alvim, em seu artigo sobre o novo CPC e os recursos especiais, no qual se lê que o código aprovado “estabelece as bases para uma nova mentalidade acerca do valor da jurisprudência e, em especial, para o valor da jurisprudência nos tribunais superiores”, tendo em vista “concretizar melhor os princípios da legalidade e da isonomia”, mediante a simplificação de procedimentos e o abrandamento do excessivo rigorismo formal na admissibilidade, tendentes a acabar com a chamada jurisprudência defensiva e a permitir que os tribunais superiores possam melhor desempenhar o papel que lhes é assinalado na Constituição. É também o que se conclui da leitura do minudente estudo de Estefânia Viveiros sobre o recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC.

Pode-se dizer, em suma, que nosso sistema jurídico, derivado do direito continental europeu, está se aproximando do modelo de direito praticado nos países anglo-saxões, como se vê no estudo do Ministro José Antonio Dias Toffoli e de Daiane Nogueira de Lira, que trata da jurisdição constitucional e a convergência dos sistemas da *civil law* e da *common law* no Brasil. A evolução do controle de constitucionalidade no país após Constituição de 1988, a adoção de novos instrumentos, como a repercussão geral e a súmula vinculante, e o novo CPC são claros indicadores da aproximação dos dois sistemas.

O novo CPC contribuirá para um reforço do contraditório e uma proteção mais efetiva da segurança jurídica, conforme preleciona o trabalho de Ivanise Maria Tratz Martins e Sandro Gilbert Martins, que cuida dos efeitos da sentença declaratória no código aprovado, concluindo que “para que a orientação que prevalece na jurisprudência do STJ continue aplicável à luz do CPC projetado, terá que ter sido analisada no caso concreto a questão da formação do título executivo à luz do efetivo contraditório, com a finalidade de evitar o malfadado efeito surpresa”.



Mas é claro que não se conhece ainda o impacto que o novo estatuto processual civil terá sobre a crise do sistema brasileiro de Justiça, em razão da excessiva litigiosidade. Antes mesmo da entrada em vigor do novo código, já se pode elogiar algumas iniciativas tendentes a mitigar o problema. No âmbito da Procuradoria-Geral da União, por exemplo, há um programa de redução de litígios que, somente nos últimos dois anos, acarretou a extinção de mais de 30 mil processos, com substancial economia de custos, nos TRFs e no STJ, como demonstrado no artigo de Paulo Henrique Kuhn, titular do órgão.

A propósito do crescente número de demandas, Clayton Maranhão procura, a partir da obra de Michele Taruffo, desvendar as perspectivas de litigiosidade com o novo CPC, concluindo que nele se adotam “soluções intermediárias para o problema da litigiosidade, tais como a abolição da jurisprudência defensiva, um incremento da garantia do contraditório (art. 10 do novo CPC), tensionando a duração razoável do processo, e prestígio às demandas repetitivas”, mas que uma efetiva redução da litigiosidade depende de do enfrentamento de “questão ético-profissional”, “mediante uma séria reflexão dos operadores do direito”, e não apenas de reforma legislativa.

Na verdade, algumas das alterações trazidas pelo novo CPC podem ter efeito contrário ao pretendido. Oportuno, nesse ponto, o artigo do Ministro Mauro Luiz Campbell Marques, no qual estuda a disciplina que o novo CPC empresta aos embargos de divergência perante o STJ e aponta como primeira significativa alteração o cabimento desse recurso também nas ações de competência originária do tribunal, o que suscita duas ordens de preocupação: quanto à quebra do paradigma de que os embargos de divergência são vocacionados para a jurisdição especial, de cognição restrita, e quanto à previsível sobrecarga dos órgãos de cúpula do STJ, notadamente a Corte Especial. Outra importante inovação consiste no cabimento dos embargos de divergência para discussão de regras técnicas ou do juízo de admissibilidade do recurso especial. Uma terceira inovação, que também contraria o entendimento pretoriano assentado, admite o cabimento dos embargos de divergência na hipótese de decisões divergentes de um mesmo órgão fracionário, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. Em conclusão, pondera o autor que “os novos limites aos embargos de divergência podem alterar a própria natureza do recurso, transformando-o em mais um recurso ordinário no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em manifesto confronto com a racionalização do sistema recursal brasileiro”.

Diversas abordagens da modernização do sistema de justiça são também debatidas, como a adaptação do processo às novas tecnologias de informática, objeto do estudo comparativo de Roberto Pagés, e a possibilidade de criação de filtros monetários para a admissibilidade de recursos



especiais, discutida por Marcia Ribeiro e Giovani Alves. Com suporte na análise econômica do direito, concluem eles que a imposição de critérios de valor econômico não seria adequada nem suficiente para debelar os graves fatores estruturais que impedem a solução da crise do sistema brasileiro de justiça. Luiz Guerra, por seu turno, defende a harmonização do sistema processual civil brasileiro para que nele, a exemplo de outros países, seja incluído o processo comercial.

De outra perspectiva, num percuciente estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade por omissão, Luiz Guilherme Marinoni, embora reconheça sua pertinência ao sistema peculiarmente brasileiro de controle misto de constitucionalidade e sua necessidade para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, aponta problemas de legitimação e de despreparo metodológico, a dificultar sua desmedida utilização por juízes de primeiro grau e pelos tribunais ordinários. Em outras palavras, quando se complementa a legislação em casos, por exemplo, em que o direito fundamental à saúde é alegado para obter determinado medicamento, “não há qualquer percepção de que se está diante de controle de insuficiência de tutela normativa e, portanto, de que há necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade e de um raciocínio judicial racionalmente adequado, com reflexo na devida justificativa da decisão”.

Segundo Marinoni, é preciso distinguir o modo de incidência do direito fundamental. “Enquanto o direito fundamental material incide sobre os particulares por meio da decisão (eficácia horizontal mediatizada pelo juiz), o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a jurisdição e repercute, lateralmente, sobre as partes”. É preciso, ainda, que a escolha da técnica processual para a tutela do direito recaia sobre aquela menos lesiva ao interessado. “No caso da eficácia horizontal mediatizada pela decisão judicial, a ponderação é feita para que o direito fundamental tenha eficácia sobre os particulares. Já no caso da eficácia vertical com repercussão lateral não há que se falar em ponderação ou em sopesamento, mas em um teste de adequação – pelo motivo de que o Estado se submete diretamente ao direito fundamental à tutela jurisdicional – e em um teste de necessidade ou lesividade mínima, vez que essa eficácia pode se refletir ou repercutir lateralmente sobre a parte”.

Relevantes, ainda, são as discussões sobre princípios jurídicos. Sergio Said Staut Jr. estuda a utilização de princípios jurídicos pelos aplicadores do direito no contexto da história da compreensão das formas jurídicas e de suas funções, bem como de suas fontes de legitimação. Mauro Sergio Rocha trata da aplicação direta de princípios constitucionais e da necessidade de uma justificação racional e intersubjetiva das decisões judiciais.



O Supremo Tribunal Federal é debatido em vários estudos. Samia Bonavides e Renan Puglies refletem sobre o papel institucional do STF, a inadequação da teoria da separação das funções estatais nos dias que correm, a crescente atuação política dos tribunais, o ativismo e a autocontenção judiciais e enaltecem a importância da Corte constitucional brasileira não apenas para o controle de constitucionalidade das leis, mas também para a efetivação dos direitos e garantias individuais. Daniel Prochalski trata da repercussão geral em matéria tributária no STF. Jorge de Oliveira Vargas interpreta o disposto no art.155, § 2º, III, da Constituição para, afastada a tese de inconstitucionalidade de norma constitucional originária e utilizada a interpretação conforme, concluir que o ICMS deverá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Marco Antônio Villatore e Sonia de Oliveira cuidam da necessidade de motivação para a dispensa do empregado público, tema objeto de repercussão geral no STF.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é objeto de análise em vários artigos. Luiz Edson Fachin estuda a liberdade de expressão na jurisprudência do STJ, concluindo que esse tribunal não a considera um direito absoluto ou dogma inafastável, procedendo, ao revés, a “uma ponderação vera e séria dos princípios constitucionais à luz do caso concreto”. Eugênio Grandinetti analisa detidamente julgados do STJ referentes a vazamentos de petróleo ocorridos no litoral do Paraná em 2001 como exemplos da responsabilização civil por dano ambiental reflexo sofrido pela população de pescadores da região. Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Adriano Stagni Guimarães estudam a dissidência pretoriana quanto ao prazo prescricional aplicável aos contratos de seguro de vida em grupo e a pacificação da matéria no STJ. Alberto Vellozo Machado, Odoné Serrano Jr. e Thiago Hoshino, ao tomar como exemplo casos em que se discutiu o direito à moradia digna, demonstram “como o Superior Tribunal de Justiça vem se batendo com questões coletivas, com direitos essenciais, com a preservação do patrimônio social e como vem dando contornos processuais coletivos a essas situações, fazendo prevalecer a realidade social apesar do modelo processual ativado”.

O livro contempla ainda contribuições sobre os direitos humanos. Ao discorrer sobre a lei de anistia nos tribunais superiores, Andrea Regina de Moraes Benedetti e Tatyana Scheila Friedrich sustentam que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve prevalecer sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de sua validade e eficácia. Alessandro de Oliveira trata da judicialização da política e da judicialização da política criminal no Brasil como fenômenos interdependentes, com potencial de ampliação do campo protetivo dos direitos humanos. Flavia Piovesan discorre a respeito da importância do diálogo entre jurisdições para o fortalecimento do controle da convencionalidade e da proteção efetiva dos direitos humanos na América Latina.



A América Latina e seus mecanismos de integração são também discutidos no livro. O Desembargador Fagundes Cunha e Gustavo Guerra escrevem sobre a necessidade de harmonização legislativa ambiental na América do Sul e sobre a criação de tribunal na Unasul, tendo em vista, sobretudo, a preservação da biodiversidade e dos recursos hídricos sob crescente ameaça. Valerio Mazzuoli, semelhantemente, sustenta a necessidade de um tribunal de justiça para a Unasul nos mesmos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-americana de Justiça. Francisco Dario Lobo Laram, de outra prumada, cuida da jurisdição obrigatória da Corte Centro-americana de Justiça como marco da integração dos países integrantes do Protocolo de Tegucigalpa (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá).

Crianças e adolescentes como sujeitos de direito constituem o objeto do artigo de Olympio de Sá Sotto Maior Neto. De certo modo, também é esse o tema de Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira, que, ao abordarem os depoimentos sem dano e a criação de falsas memórias, concluem ser necessário desenvolver novas técnicas de “inquirição de supostas vítimas de violência sexual”, tarefa multidisciplinar, a ser desenvolvida com apoio de profissionais da medicina e da psicologia.

Discutem-se também os direitos sociais. O Ministro José Delgado analisa em detalhes os elementos do contrato de arrendamento rural e o direito de preempção disciplinado no Estatuto da Terra, demonstrando, com apoio em doutrina e jurisprudência que a preferência do arrendatário tem por objetivo assegurar a função social da propriedade. Luis Ernesto Vargas Silva cuida dos direitos sociais ante o imperativo da sustentabilidade fiscal na Colômbia.

Por fim, um tema contemporâneo como a questão da titularidade do direito autoral sobre os “selfies”, os autorretratos hoje tão disseminados, é analisada por Eduardo Lycurgo Leite, para concluir que somente a pessoa física, o ser humano, pode ser autor de obra intelectual, o que obviamente afasta a titularidade de obras criadas por não humanos.

O valor e a utilidade das contribuições enfeixadas neste livro, graças ao empenho de seu coordenador, refletem o amplo arco de temas relevantes para a discussão do Direito nos tribunais superiores e constituem uma pequena amostra da admiração, compartilhada por todos os colaboradores, pelo homenageado, Ministro Sérgio Kukina.

Ricardo Villas Bôas Cueva

