

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL

Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*
em Direito Processual da UERJ

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira

ISSN 1982-7636

www.redp.com.br

Ano 4. Volume VI

Julho a Dezembro de 2010

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – ESTUDOS SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRIMEIRAS REFLEXÕES
Andre Vasconcelos Roque..... 5

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA
Desirê Bauermann..... 32

OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ARTIGOS 1º A 12 DO PLS 166/10
Humberto Dalla Bernardina de Pinho..... 49

BREVES COMENTÁRIOS AOS PRIMEIROS 51 ARTIGOS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PROJETO DE LEI DO SENADO 166/2.010)
Leonardo Greco..... 93

A TEMPESTIVIDADE DO PROCESSO NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A COMISSÃO DE JURISTAS NOMEADA PARA SUA ELABORAÇÃO: QUEM FICOU DE FORA?
Marco Félix Jobim..... 116

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL
Trícia Navarro Xavier Cabral..... 135

SEGUNDA PARTE – TEMAS GERAIS

A INTERVENÇÃO DO FIADOR NA EXECUÇÃO CIVIL COM BASE NO ART. 834 DO CÓDIGO CIVIL
Antonio Adonias Aguiar Bastos..... 166

RACIONALIDADE JURÍDICA E DIREITO: UM PRESSUPOSTO PARA ESTUDAR O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO SOB A ÉGIDE DO FORMALISMO-VALORATIVO
Carolina Machado Cyrillo da Silva..... 184

INSTRUMENTOS HETEROTÓPICOS DE IMPUGNAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS: O MANDADO DE SEGURANÇA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E A RECLAMAÇÃO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Celso Jorge Fernandes Belmiro..... 222

LA MEDIAZIONE ITALIANA: DEFINIZIONI E TIPOLOGIE
Chiara Besso..... 248

EFETIVIDADE DA SENTENÇA CONSTITUTIVA
Darci Guimarães Ribeiro..... 270

A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO ITALIANA
Flávia Pereira Hill..... 294

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E A TEORIA GERAL DO DIREITO
Fredie Didier Júnior..... 322

UM ESTUDO DE "DIREITO E LITERATURA": A BUSCA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO EM SHAKESPEARE
Guilherme Luis Quaresma Batista Santos..... 355

A CONDENAÇÃO COM RESERVA DE EXCEÇÕES COMO TÉCNICA DE SUMARIZAÇÃO DA TUTELA COGNITIVA
José Aurélio de Araújo..... 392

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO.
Magno Federici Gomes e Márcia de Azevedo Martins 428

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS FEITOS: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO NA BUSCA DE SOLUÇÕES À CRISE DO PROCESSO
Márcio Carvalho Faria..... 475

OS "QUORA" NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A LEGITIMIDADE DE SEUS PRECEDENTES: A DECISÃO SOBRE O RECURSO PREMATURO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Nelson Rodrigues Netto..... 497

DURAÇÃO RAZOÁVEL E INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO NAS RECENTES REFORMAS
Paulo Henrique dos Santos Lucon..... 514

ATIVISMO JUDICIAL: DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO NEOPROCESSUALISMO
Victor Augusto Passos Villani Côrtes..... 546

PRIMEIRA PARTE

ESTUDOS SOBRE O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: PRIMEIRAS REFLEXÕES

André Vasconcelos Roque

Advogado, consultor e professor de Direito Processual Civil no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Association of the Bar of the City of New York.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a constitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010. Propõe-se, ainda, uma interpretação, a partir do instituto denominado neste estudo de "estado de necessidade processual", que permita, em casos excepcionais, a admissão de provas aparentemente ilícitas no processo civil mediante uma ponderação de interesses baseada em critérios minimamente lógicos e racionais, evitando a prática de abusos e o esvaziamento de direitos fundamentais.

Abstract: This article aims to discuss the constitutionality of art. 257, single paragraph of the Draft Law nº 166/2010. It is proposed also an interpretation, elaborated based on the institute called in this study "estado de necessidade processual", that permits, in exceptional cases, the admission of apparently illegally obtained evidence in civil proceedings by a balancing of interests based on criteria minimally rational and logical, avoiding the practice of abuse and the undermining of fundamental rights.

Palavras-chave: Provas ilícitas - Direitos fundamentais - Processo civil

Keywords: Illegally obtained evidence - Fundamental rights - civil procedure

***Sumário**: 1. Introdução – 2. Uma questão terminológica preliminar: provas ilícitas e provas ilegítimas – 3. Respostas tradicionais para a questão das provas ilícitas; 3.1 A divisão estanque entre o direito processual e material; 3.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas; 3.3 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas – 4. A constitucionalidade do dispositivo em análise – 5. Uma proposta de interpretação para a norma em discussão – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.*

1. **Introdução**

Encontra-se em tramitação, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 166/2010, que tem por finalidade instituir um novo Código de Processo Civil no Brasil. Resultante

dos trabalhos realizados por eminente Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, o projeto foi elaborado com o declarado objetivo de: estabelecer verdadeira sintonia fina do processo civil com a Constituição Federal, criar condições para o julgamento de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; simplificar subsistemas do processo civil, como, por exemplo, o sistema recursal; otimizar o rendimento de cada processo e, por fim, imprimir maior coesão e organicidade ao sistema processual[1].

Entre as diversas inovações apresentadas no Projeto de Lei nº 166/2010, cuja análise extrapolaria os estreitos limites do presente estudo, destaca-se a previsão, em seu art. 257, parágrafo único, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil, nos seguintes termos:

> *Art. 257 – (...) Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.*

Como se pode facilmente observar, o dispositivo acima destacado deixa entrever a possibilidade excepcional de admissão das provas ilícitas no processo civil, desde que tal solução seja recomendada pela ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Esta possibilidade, entretanto, não se encontra prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal, que dispõe, de forma aparentemente peremptória, que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".*

Por conta disso, já há quem sustente a possível inconstitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 ou, pelo menos, o risco de que venham a ocorrer abusos na aplicação da norma em análise, frustrando a proibição constitucional contra a admissão das provas ilícitas[2]. Além disso, superada eventual incompatibilidade da regra em discussão com a Carta Magna, há ainda autores sustentando a necessidade

[1] Esses objetivos estão todos relacionados na exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney.

[2] V. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 174/175 (*"Em termos de prova será adotada a regra de que a inadmissibilidade da prova deverá ser analisada frente aos princípios e direitos fundamentais em discussão, o que pode encontrar obstáculo na regra do art. 5º, inciso LVI, da CF/88 – provas ilícitas. A regra constitucional é peremptória e temos receio de que a opção pela análise caso a caso vá ampliar a utilização de expedientes ilícitos na obtenção da prova."*)

de maior explicitação dos critérios específicos para a admissão excepcional da prova ilícita no processo civil, a fim de que não sejam suscitadas dúvidas desnecessárias na aplicação do dispositivo destacado acima[3].

Como se pode observar, a norma em análise já vem ocasionando controvérsias a respeito de sua constitucionalidade e de sua interpretação.

Diante disso, a proposta do presente estudo consiste em discutir a compatibilidade da norma em questão com a Constituição Federal, bem como explicitar os critérios pelos quais se poderia admitir, em caráter excepcional, uma prova (aparentemente) ilícita no processo civil, propondo uma nova categoria, o *estado de necessidade processual*, como uma resposta para a possível ponderação de valores em nosso ordenamento jurídico, sem agredir o texto constitucional.

2. Uma questão terminológica preliminar: provas ilícitas e provas ilegítimas

Sem dúvida, o instituto da prova sempre teve uma importância extraordinária para o desenvolvimento do Direito Processual em nossa sociedade.

A prova é um conceito que transcende o Direito, é comum a todas as ciências e atividades reconstrutivas de fatos ocorridos no passado. O historiador, o paleontólogo, o arqueólogo, o jornalista e muitos outros profissionais utilizam provas para demonstrar a si mesmos e a seus leitores o acontecimento de fatos no passado próximo ou distante[4].

Com o processo, que nada mais é do que uma atividade reconstrutiva de fatos juridicamente relevantes, não poderia ser diferente. Com efeito, os fatos integram as relações sociais que o Direito pretende regulamentar e harmonizar. Consequentemente, para que o processo possa exercer sua função e seja um instrumento de atuação concreta das normas jurídicas, é indispensável investigar a veracidade dos fatos que são narrados pelas partes litigantes.

Entre as diversas discussões possíveis sobre o instituto da prova, o estudo estará restrito à análise das provas ilícitas, a fim de investigar se o nosso ordenamento vedou

[3] V. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC* – críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98 (sustentando que deveriam ser explicitados os seguintes critérios para a admissão excepcional da prova ilícita no processo civil: a devida identificação e explicitação dos valores em jogo e inexistência de outro meio para a prova das alegações em questão).
[4] V. ECHANDÍA, Hernán Devís. *Teoria general de la prueba judicial.* Medelín: Diké, 1987, t. 1, p. 10.

de forma peremptória a sua admissão no processo ou se, pelo contrário, seria possível afastar a proibição genérica prevista na Constituição em casos excepcionais.

Para atuar como um elemento complicador, a doutrina se debate em uma imensa confusão terminológica nesta matéria[5]: designações como "provas proibidas", "provas ilícitas", "provas ilegítimas" ou "provas vedadas" são utilizadas de forma promíscua, sem nenhum rigorismo técnico.

É bastante comum na doutrina brasileira a distinção entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*[6] que remete a um estudo feito pelo processualista italiano Pietro Nuvolone e publicado em 1966 na *Rivista di Diritto Processuale*, intitulado *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*[7].

Para Pietro Nuvolone, existe uma categoria genérica de "provas vedadas" pelo ordenamento jurídico, que compreendem as "provas ilícitas" e as "provas ilegítimas"[8]. A vedação à prova pode ser estabelecida na lei processual ou na lei material. A distinção é fundamental para Pietro Nuvolone. A violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade. Contudo, enquanto na primeira hipótese existirá um *ato ilegítimo*, no segundo caso, estar-se-á diante de um *ato ilícito*[9].

[5] V., a propósito da confusão terminológica do conceito, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 126/129 e AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas:* Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

[6] Diversos autores adotam esta terminologia de forma expressa. Nesse sentido, entre outros, GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 99; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 42; FLORES, Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, nº 97, p. 219, 1988.

[7] V. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966.

[8] Na verdade, a distinção não foi propriamente uma criação de Pietro Nuvolone, que faz referência em seu artigo a uma discussão que já existia na doutrina italiana de sua época a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos. Veja-se, nesse sentido: NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 472: *"La dottrina italiana, già oscillante fra l'inammissibilità e l'ammissibilità delle prove illecitamente conseguite, si è ora ancorata a una posizione intermedia com gli studi del Cordero,* Prove illecite nel processo penale *cit. e del Vassali,* La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica *cit."*. Grifos no original. Nada obstante, o estudo de Pietro Nuvolone é o primeiro que se tem notícia em que a distinção está sistematizada, daí a sua relevância para o presente estudo.

[9] V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 448 (*"Prova vietata significa prova che, in senso assoluto, o in senso relativo, è contraria a una specifica norma di legge o a un principio del diritto positivo"*) e p. 470 (*"Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando é posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce al singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito."*)

A primeira conclusão que se poderia imaginar seria a de que somente nas hipóteses de ilicitude material da prova – e não nos casos de simples ilegitimidade processual – é que poderia vir a ocorrer um choque entre direitos fundamentais e o princípio da busca da verdade real e do direito à prova. Nada obstante, esta conclusão provisória está a merecer maiores reflexões.

Do ponto de vista ontológico, não existe diferença entre um "ato ilícito" e um "ato ilegítimo". Ambas as hipóteses revelam proibições à produção de determinado meio de prova. A diferença que se põe está apenas na origem da proibição, ou seja, se a vedação probatória está contida em uma norma processual ou de direito material.

Pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, parece que a distinção de Nuvolone restou superada pela inserção de uma norma proibitiva à admissibilidade das provas ilícitas no art. 5º, LVI da Constituição da República. Como a Constituição é uma norma hierarquicamente superior a todas as outras normas processuais e de direito material, pouco importa saber a origem da ilegalidade da prova porque, de qualquer forma, ela acarretará também a sua inconstitucionalidade[10].

Também não parece ser correto utilizar uma interpretação literal para limitar o alcance do texto constitucional às provas ilícitas, na concepção de Nuvolone. Primeiro, porque a interpretação literal é justamente o meio mais pobre de desvendar o significado de uma norma jurídica. Segundo, porque a Constituição constitui um texto jurídico e político. Sua linguagem, por natureza, se apresenta de forma mais aberta e menos técnica que a de outras normas jurídicas[11]. Nada indica que o constituinte originário quis adotar a distinção de Nuvolone para excluir as chamadas "provas ilegítimas" da proibição constitucional. Pelo contrário, tudo indica que o que se pretendeu foi excluir do processo toda e qualquer prova obtida de forma ilegal, tendo em vista o nosso trágico retrospecto histórico.

3. Respostas tradicionais para a questão das provas ilícitas

3.1 A divisão estanque entre o direito processual e material

[10] Nesse sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 224.
[11] V. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101/102.

Quando o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento ao dogma da "verdade real" fazia com que um eventual balanceamento de interesses pendesse em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Os direitos fundamentais, como uma proteção conferida ao indivíduo contra as atividades estatais, ainda não estavam consolidados, processo este que só iria ter início com a Revolução Francesa de 1789. Nesta conjuntura, a produção de provas ilícitas era largamente admitida, pois o interesse público determinava a apuração de todos os fatos juridicamente relevantes pelo juiz.

Mesmo após a Revolução Francesa e a consagração dos direitos fundamentais, não houve um grande avanço no tema das provas ilícitas.

De fato, vivia-se o dogma da infalibilidade da razão e o mito da neutralidade do julgador, motivo pelo qual não se justificava retirar do juiz a possibilidade de apreciar todos os fatos juridicamente relevantes no processo, ainda que com algum prejuízo aos direitos fundamentais em jogo. Embora a sociedade já não mais tolerasse a produção de provas que ofendessem a integridade física e moral, os sistemas jurídicos da época ainda não haviam estabelecido proibições à sua admissão no processo.

Foi somente com a Segunda Guerra Mundial e o horror trazido pelos regimes políticos totalitários que o quadro começou a se alterar de forma radical.

Um dos primeiros trabalhos a sustentar a inadmissibilidade das provas ilícitas foi justamente o estudo de Pietro Nuvolone, que sistematizou a distinção entre as "provas ilícitas" e as "provas ilegítimas"[12]. Para o processualista italiano, os atos ilícitos e os atos ilegítimos configuram uma ilegalidade e não se poderia admitir no processo uma prova obtida por meios ilegais. Nada obstante, em que pese a posição defendida por Nuvolone, é curioso observar que a distinção entre a ilegitimidade processual e a

[12] V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 473. O processualista italiano faz, inclusive, elogios à solução adotada no art. 233 do Código de Processo Penal brasileiro: *"A nostro avviso, l'idolatria del principio del libero convincimento ha portato spesso in questa materia a risultati aberranti (v. anche sopra n. 6). Qualora si debba riconoscere che una prova è stata illecitamente ottenuta dall'organo di giustizia (l'illiceità fuori del processo – ad es. furto di documenti – a nostro avviso, non ha rilievo) questa prova deve considerarsi illegale: e se è illegale non può essere utilizzata. Molto felice ci sembra la formula da noi già richiamata del codice brasiliano (art. 233): As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitìdas em juízo."*

ilicitude material da prova sistematizada em seu estudo foi um dos principais argumentos utilizados na época para defender a admissão das provas ilícitas.

Para os autores que defendiam a admissão das provas ilícitas[13], da violação de uma norma protetora de direito material não haveria razão lógica para aplicar sanções de natureza processual, como a sua inadmissibilidade. Assim sendo, a prova somente seria inadmitida se o impedimento estivesse contido na lei processual. A transgressão de normas de direito material para a obtenção de provas ilícitas gerava apenas sanções para o infrator, mas este fato, por si só, não prejudicaria a sua admissão no processo.

Como se pode verificar, as teorias englobadas sob a rubrica da admissibilidade das provas ilícitas postulam a sua utilização no processo, reservando ao infrator as sanções de natureza civil, penal ou administrativas cabíveis pelas violações cometidas no momento em que se obteve a prova.

Neste sentido, Franco Cordero[14] entendia que, para verificar a admissibilidade de uma prova no processo, o fundamental era observar se sua introdução era consentida em abstrato pela lei processual, não importando os meios que foram utilizados para sua obtenção (*male captum bene retentum*).

Entre nós, também houve quem defendesse a utilização das provas ilicitamente obtidas no processo, ainda que em casos específicos.

Entre os doutrinadores que emprestaram apoio a esta corrente, se encontra Pontes de Miranda[15], que entendia ser possível, por exemplo, utilizar em juízo a carta da mulher casada destinada a seu cúmplice no adultério. Asseverava o autor que o sigilo postal não possuía o condão de sobrepor o interesse individual ao familiar, embora ficasse ressalvada a hipótese de o remetente ser um terceiro e não o cônjuge infiel, quando então a prova já não poderia ser produzida

Continuando a exposição, Yussef Said Cahali entendia, em obra publicada antes da Constituição atual, que o juiz cível não poderia determinar o desentranhamento de

[13] V., entre outros, CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali.* Milano: A. Giuffrè, 1963, p. 147-171; GUASP, Jaime *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 44.
[14] CORDERO, Franco. Op. Cit., p. 163: *"Il risultato conseguito non cancella l'ormai indelebile qualifica d'illiceità dell'azione; ma la prova casualmente emersa deve essere adotta al processo, apunto perchè si tratta d'una res a cui incombe un vincolo istruttorio."*
[15] Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Pontes de. *Direito de família.* 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939, t. I, p. 380.

provas ilícitas, pois estaria invadindo competência do magistrado competente em matéria criminal, ao deliberar sobre a prática do delito *in limine*[16].

Hélio Tornaghi também entendia admissíveis as provas ilícitas, sustentando que todo elemento instrutório deve submeter-se à livre valoração do juiz. Defendia que se, por exemplo, uma confissão foi extorquida ou uma testemunha renitente foi levada à força para prestar depoimento, a solução correta seria promover a responsabilidade do coator, sem desconsiderar o valor indiciário do que foi dito[17].

De uma forma geral, todas as teorias em torno da admissibilidade da prova ilícita colocam-se substancialmente na mesma posição. Inadmissíveis seriam apenas as provas que encontrassem uma vedação expressa de ordem processual. No que se refere às provas ilícitas, segundo a terminologia de Nuvolone, como a vedação se encontrava apenas na lei material, não haveria impedimento à sua valoração pelo juiz, sem prejuízo de eventuais sanções contra quem tivesse se utilizado de meios ilícitos para obter tal prova.

Conforme observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, uma das possíveis explicações para essas teorias é que a tradicional dicotomia entre a verdade formal e a verdade material, que poderia resultar em uma simples imprecisão técnica, acabou se transformando em algo muito mais grave. A liberdade do juiz no processo penal para efeito de acertamento dos fatos e a realização da pretensão punitiva do Estado acabaram se tornando valores mais preciosos do que a proteção à liberdade individual do próprio acusado[18].

No Direito brasileiro, esta tese se encontra superada pela Constituição Federal, que tornou sem sentido a distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade da prova[19].

---

[16] V. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 265 e segs.

[17] V. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 465.

[18] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 147/148. Conforme observam os autores, o termo "verdade real" ou "verdade material" deve ser compreendido como a busca da verdade subtraída à influência do comportamento processual das partes e nada mais do que isso. Isso significa, por exemplo, a inaplicabilidade de regras típicas do processo civil ao processo penal, tais como o "ônus da impugnação especificada" (art. 302 do CPC). Assim sendo, ainda que o acusado admita a autoria e a materialidade do delito, tais fatos continuarão a ser objeto de prova no processo penal. No processo civil, isso não ocorre, pelo menos em princípio. Se o réu admite a sua responsabilidade em um evento danoso, este ponto já não será mais discutido em uma ação de indenização, porque o mesmo se tornou incontroverso no processo.

[19] V. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit., p. 224.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi erigida em categoria constitucional, acima das leis de direito material e processual.

Não é por acaso que os posicionamentos colhidos na doutrina brasileira são todos anteriores ao advento do novo texto constitucional.

Dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, cai por terra o fundamento principal da tese da admissibilidade: em razão do princípio da supremacia do texto constitucional[20], não é necessária a existência de uma regra de transposição na lei processual[21], quando a própria Lei Maior prevê a inadmissão em juízo das provas ilicitamente obtidas.

3.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas

Mesmo na ausência de regras de transposição ou de proibição constitucional às provas ilícitas, não faltou quem sustentasse a sua inadmissibilidade processual.

Esta tese tem como eixo principal a preocupação em assegurar a proteção à legalidade na atividade processual. As sanções extraprocessuais, ainda que aplicadas de forma efetiva, não poderiam eliminar a incongruência de que a jurisdição se realizaria mediante um ato ilícito, o que seria inaceitável em um Estado de Direito.

Partindo dessas premissas, Frederico Marques afirma que a liberdade dos meios de prova não significa a obtenção da verdade real a qualquer preço[22].

Para estes autores, a ilicitude é um conceito geral do direito, assim como ocorre com os conceitos de "nulidade" ou de "invalidade". Para sustentar a inadmissibilidade das provas ilícitas em juízo, bastaria observar que ela foi obtida de por meios ilegais, pouco importando se a proibição se encontra em uma norma de natureza processual ou material. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover conclui que *"sempre que a obtenção*

[20] O princípio da supremacia da Constituição, em apertada síntese, determina que nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for contrária ao texto constitucional. Esta ideia encontra origem no célebre caso Marbury *vs.* Madison, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803. Sobre este princípio, que já se encontra consolidado na jurisprudência e doutrina de nosso país, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...* Op. Cit., p. 150/161 e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 47/48.

[21] Uma regra de transposição seria uma norma processual proibindo expressamente a admissão das provas vedadas pelas normas de direito material. Um exemplo disso é o art. 191.1 do Código de Processo Penal italiano, que estabelece o seguinte: *"Art. 191 (Prove illegittimamente acquisite) – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate."*

[22] V. MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1965, v. II, p. 294.

da prova resultasse em violação de normas jurídicas, o prejudicado teria o direito de pleitear sua inadmissibilidade e sua ineficácia em juízo"[23].

Adotando esta tese, Pietro Nuvolone critica os autores que defendem a produção de provas ilícitas em juízo porque, muito embora o Direito Processual possua autonomia, o ordenamento jurídico não pode ser separado em compartimentos estanques. Por este motivo, os institutos processuais podem receber a sua qualificação (como é o caso de sua ilicitude) também de outros ramos do ordenamento[24].

Entre nós, como assevera Luís Roberto Barroso, "a admissibilidade de provas ilícitas chegou a ser questão controvertida na doutrina e na jurisprudência".[25] Nada obstante, mesmo antes da atual Constituição, o entendimento predominante dos tribunais pátrios havia se consolidado pela inadmissibilidade plena das provas ilícitas[26], com base nas restrições contidas no art. 332 do Código de Processo Civil em vigor[27], aplicáveis por analogia também ao processo penal.

Após a Constituição Federal de 1988, a inadmissibilidade em juízo das provas ilicitamente obtidas foi erigida de forma expressa no texto constitucional, de sorte que não haveria mais sentido investigar se a inadmissão de uma prova é sanção de natureza exclusivamente processual ou se poderia ser cominada pela lei material[28].

Ainda no campo da inadmissibilidade, uma construção interessante do Supremo Tribunal Federal é a chamada "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruits of the poisonous tree*), engendrada a partir de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo essa doutrina, também devem ser repudiados todos os efeitos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida, ainda que indiretamente produzidos. Por esta teoria, por exemplo, qualquer outra prova que venha a ser descoberta no futuro pela obtenção de uma prova ilícita deve ser também excluída do processo[29].

---

[23] V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas*... Op. Cit., p. 109.

[24] V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 474: *"A nostro avviso, è la premessa che deve cadere: il diritto processuale ha una sua autonomia, ma l'ordinamento giuridico non è fatto a compartimenti stagni; e quindi gli instituti processuali ricevono la loro qualificazione anche da altri rami dell'ordinamento giuridico."*

[25] V. BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998, p. 159.

[26] Neste sentido: STF, RE 85.439-RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 84/609; STF, RE 100.094, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 110/978; STF, RHC 63.834-SP, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 122/47.

[27] Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provas a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

[28] V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas*... Op. Cit., p. 111.

[29] Após algumas oscilações, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pela apertada maioria de um voto, em verdadeiro *leading case* (STF, HC 69.912-RS, Rel. Min.

Apesar da proibição constitucional em termos aparentemente peremptórios, no entanto, a questão ainda está longe de receber uma resposta definitiva. Estabelecida a inadmissibilidade das provas ilícitas na Constituição da República, seria possível ainda promover a sua ponderação com outros direitos fundamentais em casos excepcionais? É a partir dessa questão que se poderá analisar a compatibilidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 com a Carta Magna.

3.3 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

Uma das respostas às possíveis distorções que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas poderia provocar em casos extremos é a aplicação do chamado "princípio da proporcionalidade" (em alemão, *Verhältnismassigkeitsprinzip*), construído a partir da experiência dos tribunais alemães.

Na Alemanha, tal como em outros sistemas jurídicos na época, partiu-se de uma postura favorável ao acatamento das provas ilícitas no processo. De início, a doutrina estava dividida quanto à possibilidade de extrair diretamente da ilicitude material da prova a sua inadmissibilidade processual.

Ocorre que a jurisprudência alemã, em especial as cortes ordinárias daquele país, interpretavam a inadmissibilidade da prova ilícita de forma restritiva. De acordo com o sistema das vedações probatórias vigente, em princípio, os destinatários da proibição de produção de provas ilícitas eram apenas os órgãos públicos, não os particulares. Além disso, a legitimidade para pleitear a exclusão da prova ilícita era relativa, por competir apenas ao sujeito passivo do ato ilícito, não já à parte processualmente prejudicada pela admissão desses meios probatórios. Como se isso não bastasse, não se concebia um princípio análogo ao *fruits of the poisonous tree* da Suprema Corte dos Estados Unidos. A doutrina alemã ainda se dividia quanto à circunstância de o impedimento se estender, ou não, às provas indiretamente derivadas de atividades ilícitas[30].

Sepúlveda Pertence, DJU 25.03.1994). Após o julgamento desse caso, o STF reafirmou a tese dos frutos da árvore venenosa em outros julgados. Confira-se, por exemplo: STF, HC 73.510-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.12.1997 e STF, HC 73.351-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 19.03.1999. A este respeito, ver o estudo de KNIJNIK, Danilo. A "doutrina dos frutos da árvore venenosa" e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista Ajuris*, São Paulo, n. 66, p. 61-84, mar. 1996.

[30] Sobre a evolução da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos na Alemanha, veja-se o estudo de GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas...* Op. Cit., p. 134 e segs.

Progressivamente, esboçou-se uma nova orientação: doutrina e jurisprudência mais recentes passaram a distinguir os conceitos de *Beweisverfahrensverbote*, concebida como uma vedação probatória infraconstitucional e de *Beweisverfolgungsverbote*, como impedimento voltado a preservar a esfera de direitos fundamentais.

Esta distinção apresentou importantes consequências na jurisprudência alemã: no primeiro caso, a infração seguia o esquema tradicional, podendo ser arguida apenas pela parte diretamente interessada contra os agentes públicos; já no segundo caso, por implicar ofensa a valores superiores do ordenamento jurídico, a "inconstitucionalidade" resultava na inadmissibilidade de qualquer prova direta ou indiretamente derivada do ato ilícito, vedação esta dedutível de ofício ou por qualquer interessado[31].

A distinção entre os dois conceitos apenas foi possível a partir de um esforço de concretização das regras constitucionais, uma vez que a Lei Fundamental de Bonn, ao contrário da Constituição brasileira atual, não apresentava nenhuma vedação expressa à admissibilidade processual de provas ilicitamente obtidas.

Entretanto, para coibir os excessos que poderiam acontecer em casos extremos, o Tribunal Constitucional Federal alemão veio a admitir exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, exemplificando com a legítima defesa e com a tutela de interesses superiores: estas exceções constituem o denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, o princípio de proporcionalidade. De uma forma geral, o Tribunal Constitucional alemão aplicava este princípio sob o fundamento de que, em casos extremos, os direitos fundamentais se contrapunham ao direito à prova e à prestação jurisdicional, que também possuem fundamento constitucional. Por esta razão, a questão deveria ser resolvida pelo sopesamento dos valores fundamentais em jogo.

No Brasil, a doutrina encontra-se dividida entre os que admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade e os que a rejeitam, de forma quase absoluta[32].

---

[31] V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.Cit., p. 135.

[32] Encontram-se entre os que admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas, entre outros, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Aide, v. IV, t. I, 1999; JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 178; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 205, jul./set. 1996, p. 15, SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 182 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 240/259. Por outro lado, entre aqueles que afirmam que a Constituição brasileira rejeitou a ponderação de valores em matéria de provas ilícitas de forma praticamente absoluta, se encontram: BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda... Op. Cit., p. 160; CÂMARA, Alexandre

Por sua vez, a jurisprudência tradicional dos tribunais brasileiros, em geral, se mostra refratária à aplicação da proporcionalidade para admitir no processo as provas obtidas por meios ilícitos[33]. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no *Habeas Corpus* nº 69.912-RS, em cujo voto condutor, de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, consta a seguinte passagem:

> E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'". No ponto, legem habemus: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.[34]

Todavia, existem também manifestações em sentido contrário na jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

No *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ[35], discutiu-se a possibilidade de recebimento de uma denúncia baseada essencialmente em interceptações telefônicas, que apuraram a prática de crime de corrupção ativa. O acusado, que já se encontrava preso por um outro crime, havia corrompido funcionários públicos, a fim de poder desfrutar de mordomias na prisão. Na decisão que indeferiu o *habeas corpus*, ficou assentado que a proibição constitucional às provas ilícitas era relativa[36]:

> O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito' não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da

Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, v. 1, p. 354; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.* São Paulo, nº 37, jun. 1992, p. 46 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit., p. 220/225.

[33] V., nesse sentido: TJRJ, AI 1802/93, Rel. Des. Semy Glanz, DOERJ 06.10.1994; STJ, REsp 55.156-GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 12.12.1994.

[34] V. STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 25.03.1994.

[35] V. STJ, HC 3.982-RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26.02.1996. Sem embargo, entende-se neste estudo que a aplicação da proporcionalidade no Processo Penal, pelo menos a princípio, não poderia levar à admissão de provas ilícitas em favor da acusação, sob pena de frustrar um bem jurídico relevantíssimo, que é a liberdade corporal do réu. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 182.

[36] No mesmo sentido: STJ, ROMS 6129/95, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 12.08.95.

> 'atualização constitucional' (Verfassungsaktualisierung) base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (Reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos.

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal decidiu um interessante caso envolvendo o conflito entre o direito à honra e os direitos à intimidade e à integridade física[37]. A cantora mexicana Glória Trevi engravidou na prisão, sob a custódia da polícia federal, tendo acusado os carcereiros de terem praticado estupro. Quando do nascimento da criança, os policiais solicitaram o exame de DNA, de forma a demonstrar que nenhum deles era o pai da criança e que as acusações eram falsas. O STF deferiu o pedido, entendendo que a invasão da integridade física do menor e de sua mãe era mínima, enquanto os policiais haviam sido acusados publicamente de um crime da maior gravidade.

No campo específico do processo penal, observa-se certa tendência em se admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à produção de provas ilícitas em favor do réu, quando este se apresenta como o único meio de prova que resta para demonstrar a sua inocência. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve a oportunidade de admitir como prova a fita gravada de uma conversa telefônica, sob o fundamento de que "*o direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdade públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder em confronto com outros direitos fundamentais como, por exemplo, o da ampla defesa.*".[38]

4. A constitucionalidade do dispositivo em análise

[37] V. STF, RCL 2.040-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.2.2002. Este caso também se encontra relatado em: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54.

[38] O caso está referido em GRINOVER, Ada Pelegrini *et al. As nulidades...*, p. 159/160. Nada obstante, observam os autores que o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo inadmitiu a produção de prova *pro reo* no processo penal no acórdão publicado em RT 698/344, ao determinar o desentranhamento de cartas obtidas por meios ilícitos e escritas pela vítima, cujo conteúdo poderia denegrir a sua memória.

Como visto, a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente conferem três tipos de respostas à questão das provas ilícitas. A primeira alternativa é a sua admissibilidade, sem prejuízo das sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis ao infrator, posição está que já está superada, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro. Uma segunda opção consiste na inadmissibilidade de plano dessas provas, o que pode vir a gerar excessos em casos extremos, como na hipótese de prova produzida pelo acusado para demonstrar a sua inocência no processo penal. A terceira resposta possível traduz aquilo que se poderia chamar de "inadmissibilidade mitigada", segundo a qual a prova ilícita seria vedada no processo, salvo casos excepcionais que envolvam direitos fundamentais em conflito real, a serem sopesados através do princípio da proporcionalidade.

Em síntese, a constitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 depende da verificação de ser possível ou não, à luz da Constituição brasileira, adotar a solução da "inadmissibilidade mitigada" para as provas ilícitas no processo civil pátrio. Uma das críticas possíveis contra o dispositivo em questão é que o princípio da proporcionalidade não está previsto em nosso ordenamento jurídico e que, portanto, a proibição constitucional às provas ilícitas não admitiria flexibilizações. No entanto, sem embargo de entendimentos contrários, esta crítica não pode prosperar, na medida em que existem na Constituição princípios implícitos, sendo o princípio da proporcionalidade inferido a partir do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) e, ainda, do Estado Democrático de Direito[39].

Uma outra crítica, esta provida de maior subsistência, afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade poderia ensejar abusos e traria um risco de esvaziamento dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, ao torná-los sujeitos a restrições de acordo com o caso concreto. Desta forma, se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever exceções, não poderia o legislador permitir que o juiz flexibilizasse tal proibição, por mais relevantes que fossem os seus motivos[40].

No tema específico das provas ilícitas, é sintomática a posição de Luís Roberto Barroso, para quem à vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um *sentimento constitucional* consolidado, não seria conveniente nem

[39] V. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios:* o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 109.
[40] V. SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 143.

oportuno enveredar por flexibilizações arriscadas[41]. Nesse mesmo sentido, já se afirmou que a ponderação pode ser nada mais do que uma caixa preta da qual o intérprete extrai qualquer coisa que ele quiser[42], visto que ela se realiza sem critérios de ordem puramente lógica. Em análise específica do Projeto de Lei nº 166/2010, Gregório Assagra e Luiz Manoel Gomes Jr. sustentam que a regra em discussão poderia ampliar a utilização de expedientes ilícitos para a obtenção da prova[43].

Não parece possível, contudo, fugir da ponderação de interesses mesmo no campo das provas ilícitas. Isso porque muitas das normas constitucionais constituem verdadeiros princípios (e não regras[44]), que não comportam uma operação de subsunção direta aos fatos concretos[45]. Afigura-se necessária a mediação concretizadora do intérprete para atribuir eficácia ao conteúdo veiculado em muitas das normas no texto da Constituição[46]. E é neste momento de interpretação que se opera a ponderação de interesses.

Além disso, existem na Constituição outros bens jurídicos igualmente relevantes aos direitos fundamentais preservados pela vedação às provas ilícitas, cuja proteção não pode ser negada no caso concreto. Não se pode colocar esta vedação acima de todo e

[41] V. BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda... Op. Cit., p. 162. Grifos no original.
[42] Nesse sentido, MURPHY, Walter; FLEMING, James; BARBER, Sotirios *apud* SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 146.
[43] V. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. Op. Cit., p. 175.
[44] As regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, se distinguem em vários aspectos, tais como: a) proximidade da ideia de direito e dos valores: os princípios são fundados nas exigências de "justiça" ou na "ideia de direito", enquanto as regras podem ser normas com conteúdo meramente funcional; b) os princípios são normas que estão na base do ordenamento jurídico e que possuem a capacidade de se concretizar na forma de regras; c) os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; d) os princípios não possuem normatividade suficiente para simples operações de subsunção e, por isso, dependem de mediações concretizadoras do intérprete, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta e e) as regras agem na lógica do "tudo ou nada" (*all or nothing*), ou seja, eventual conflito será resolvido no plano da validade, o que levará à completa desconsideração de uma das regras conflitantes, enquanto que os princípios possuem uma dimensão desconhecida das regras: a do peso ou da importância, permitindo que eventuais conflitos não sejam resolvidos por simples relações de validade, mas de preponderância. Sobre a distinção entre regras e princípios à luz da doutrina contemporânea v., entre muitos outros: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23 e segs.
[45] V. CANARIS, Claus-Wilheim. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1989, p. 86/87. A subsunção revela uma atividade relativamente simples do intérprete, que pode ser resumida no seguinte esquema: premissa maior (norma), premissa menor (fatos concretos) e conclusão (consequências jurídicas). Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos... Op. Cit., p. 55.
[46] Sem embargo de tais considerações, é preciso observar que também as regras demandam uma atuação concretizadora em menor grau de intensidade, principalmente naqueles casos em que a regra possui um sentido vago, caracterizado pela presença de "conceitos jurídicos indeterminados". Nesse sentido: AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999, p. 161.

qualquer outro valor constitucional (como, por exemplo, o direito de liberdade do réu acusado indevidamente no processo penal), até porque não existe hierarquia entre duas normas constitucionais, pelo menos em termos puramente normativos[47].

No campo do processo civil, um exemplo excelente de caso excepcional em que seria razoável sustentar a admissibilidade de provas (aparentemente) ilícitas seria uma ação de destituição de poder familiar, em que se alega a prática de abusos contra a criança pelos seus próprios pais. A única prova desse fato relevante são gravações que foram realizadas clandestinamente. Nesta hipótese, parece que o direito de privacidade dos pais deve ceder à dignidade e ao respeito do ser humano em formação[48].

Em casos excepcionais, por mais paradoxal que possa parecer, a ponderação de interesses é precisamente o que garante a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, para evitar abusos e subjetivismos judiciais, é preciso de alguma forma promover esta ponderação utilizando critérios minimamente racionais. É indispensável ir além da assertiva, que já se tornou verdadeiro lugar-comum no Direito, segundo a qual não existem valores absolutos na Constituição.

Para que se possa estabelecer um controle racional sobre o processo de ponderação de interesses, é necessário estabelecer condições claras, sem as quais não será possível afastar a ilicitude da prova obtida com violação a qualquer norma jurídica, nem a sua inadmissibilidade processual. Para isto, é necessário ir além da literalidade do texto contido no art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, concretizando-se o processo de ponderação em sede de provas (aparentemente) ilícitas.

5. Uma proposta de interpretação da norma em discussão

A exposição da proposta aqui apresentada tem início na conceituação tradicional que se faz do princípio da proporcionalidade.

Afirma-se na doutrina que o princípio da proporcionalidade possui uma tríplice dimensão. Com efeito, é comum na doutrina a construção dos chamados *subprincípios da proporcionalidade*: adequação, necessidade (ou vedação do excesso) e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito[49].

[47] Nesse sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação...*, p. 181 e segs.
[48] O exemplo consta na obra de SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 182.
[49] Nesse sentido, entre muitos outros: OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. Op. Cit., p. 97 e segs.

De modo geral, na esteira desta construção, que tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão[50], o princípio da proporcionalidade exige que um ato seja adequado aos fins que se pretende alcançar (adequação), que seja o menos gravoso possível para atingir a sua finalidade (necessidade) e que traga maiores benefícios do que desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito).

Aplicando estes postulados às provas ilícitas, poder-se-ia afirmar que o princípio da proporcionalidade exigiria que esta prova fosse capaz de influir na convicção do julgador, que importasse no mínimo de restrições aos direitos fundamentais em jogo e que se dirigisse à proteção de um bem jurídico de maior valor que aquele que sofreu a compressão no caso concreto (por exemplo: a liberdade do acusado no processo penal, a dignidade da criança na ação de destituição de poder familiar).

Como se pode verificar, a aplicação do princípio da proporcionalidade envolve a proteção de bens jurídicos de maior valor em detrimento a outros de menor relevância[51].

A ideia não é nova, sobretudo no campo do processo penal. Diversos autores[52], buscando justificar a admissão de provas ilícitas destinada a demonstrar a inocência do acusado, afirmam tratar-se de caso de "legítima defesa" ou de "estado de necessidade", o que afastaria, em caráter excepcional, a vedação constitucional das provas ilícitas.

---

[50] V. o julgado proferido pelo Tribunal Constitucional alemão em 1974 em BVerfGE 30, 292 (316): *"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental."*

[51] Não existe hierarquia normativa entre duas normas constitucionais. No entanto, isto não significa que a Constituição empreste a mesma relevância a todos os interesses em conflito. Pelo menos em princípio, no caso de conflito, parece que o direito à privacidade deve ceder, por exemplo, ao direito à vida. Pode-se falar, assim, em uma *hierarquia axiológica* de direitos fundamentais. Sobre a existência de uma hierarquia axiológica na Constituição, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p. 59. Ainda nesse sentido, cabe observar que na jurisprudência norte-americana se consolidou a doutrina das *preferred freedoms*, atribuindo um peso superior às liberdades individuais (ex: liberdade de expressão, intimidade, etc.) em relação às liberdades econômicas (ex: propriedade, liberdade de contratar), sem que isto signifique que, em toda e qualquer ponderação, as liberdades individuais devam prevalecer. Sobre a doutrina das *preferred freedoms*, confira-se a obra de TRIBE, Laurence. *American Constitucional Law.* Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 769/784.

[52] Confira-se, entre outros: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 67/68; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal:* estudos e pareceres. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 316; STRECK, Lênio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais.* 2 ed., rev. e amp. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 19. Cabe observar que até mesmo autores que se posicionam contrariamente à ponderação de interesses no tema das provas ilícitas admitem que a hipótese do réu inocente no processo penal mereceria maior reflexão. Nesse sentido, confira-se, entre outros: BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda... Op. Cit., p. 162.

A proposta deste estudo consiste em ir mais além das soluções casuísticas, utilizando para isso o instituto do *estado de necessidade processual*.

O que se sustenta aqui é que, preenchidos os requisitos para a configuração do "estado de necessidade processual", que nada mais é do que uma excludente de ilicitude com específicas consequências processuais, a prova produzida de forma (aparentemente) ilícita deve ser admitida no processo, porque não se aplica a ela a vedação contida no texto constitucional, já que não se trataria, a rigor, de uma ilicitude. Resta apenas saber quais seriam estes requisitos específicos.

Como se sabe, o estado de necessidade, tal como concebido no direito material, consiste em uma das hipóteses de exclusão da ilicitude, cujos requisitos se encontram bem definidos: a) ameaça a direito próprio ou alheio; b) existência de perigo atual e inevitável; c) inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem que está ameaçado; d) situação não provocada voluntariamente pelo agente; e) inexistência de dever legal de enfrentar o perigo e f) consciência de agir para evitar lesão a um bem jurídico de maior valor em detrimento de outro de menor valor[53].

Para estabelecer as condições necessárias para a ocorrência do chamado "estado de necessidade processual", é preciso adequar estes requisitos à realidade processual.

Os dois primeiros requisitos ("ameaça a direito próprio ou alheio" e "perigo atual e inevitável") estão traduzidos no processo pela possibilidade real de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte envolvida. Isto quer dizer que, para configurar o "estado de necessidade processual", é indispensável que a prova não somente seja capaz de simplesmente influenciar o convencimento do juiz, como ainda seja determinante e decisiva para o resultado do processo. Se existir qualquer outro meio de prova lícito que possa conduzir ao mesmo resultado, a prova obtida ou produzida por meio ilícito não poderá ser admitida[54].

O terceiro requisito ("inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem ameaçado") é, sem dúvida alguma, o que suscita maiores questionamentos. Em síntese, adequando-se este requisito ao direito processual, a prova a ser admitida deverá ter o objetivo de resguardar um bem jurídico de maior relevância em detrimento de um outro interesse de

[53] Sobre os requisitos do estado de necessidade material, v. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal.* 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 177 e JESUS, Damásio de. *Direito Penal:* Parte Geral. 27 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 373/374.

[54] Nesse mesmo sentido, embora sem fazer a construção aqui apresentada, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 98.

menor valor. No processo penal, pelo menos em princípio, o direito de liberdade do réu se sobrepõe aos valores eventualmente resguardados pela inadmissibilidade de uma prova ilícita. O mesmo não se dá com relação à pretensão punitiva do Estado, pois a atividade persecutória deve se dar sempre através de meios lícitos. A violação a normas jurídicas para acusar o réu seria incompatível com a existência de um Estado de Direito. Por esta razão, não seria possível a produção de provas ilícitas contra o acusado no processo penal, pelo menos em linha de princípio.

Também é por isso que, no campo do processo civil, a configuração do estado de necessidade processual somente seria possível em casos absolutamente excepcionais, como no exemplo já apresentado de defesa da dignidade da criança que está sofrendo abusos de seus próprios pais.

Nada obstante, há que se fazer algumas ponderações de difícil resolução, as quais não é possível responder no presente estudo, dados os seus estreitos limites. Por exemplo, será que o réu acusado injustamente numa ação penal pode chegar ao extremo de produzir provas mediante expedientes condenáveis, como a tortura? Ou a flexibilização apenas se daria com algumas espécies de provas ilícitas, tais como gravações clandestinas? Temos aqui dois interesses que, a princípio, são de igual relevância: a liberdade do acusado e a integridade física da vítima de uma tortura. Qual seria a solução mais adequada neste caso? Talvez a solução mais prudente fosse não admitir a prova produzida, reservando-se o *estado de necessidade processual* para aqueles casos em que o direito fundamental a ser tutelado pela produção de uma prova supostamente ilícita seja manifestamente superior em termos de relevância axiológica ao direito relativizado.

O quarto requisito (“situação não voluntariamente provocada pelo agente”) é de difícil configuração na prática processual. De qualquer forma, o que se quer dizer aqui é que não seria possível admitir as provas ilícitas, caso se verifique que foi o próprio interessado na sua produção quem impossibilitou a produção de outras provas lícitas que poderiam ser decisivas para a formação do convencimento favorável do juiz. Trata-se de consequência do princípio da lealdade processual no campo das provas ilícitas.

O quinto requisito do estado de necessidade (“inexistência de dever legal de enfrentar o perigo”) é impertinente com a realidade processual. Não há como imaginar

que alguém tenha o dever de ser preso injustamente no processo penal ou de ver formado contra si um convencimento judicial contrário a seus interesses.

Por fim, a última condição ("consciência de agir para evitar lesão a bem jurídico de maior valor") também não pode ser exigida da parte interessada na admissão da prova supostamente ilícita. É que a decisão de admitir ou não provas obtidas mediante violação a normas jurídicas caberá exclusivamente ao juiz. É o julgador, portanto, que terá que possuir esta consciência de preservar os interesses de maior relevância no caso concreto, em detrimento a bens jurídicos de menor importância. Tal consciência do julgador em preservar bens de maior relevância, todavia, se encontra implícita no terceiro requisito (inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem jurídico ameaçado). Dessa forma, a última condição acaba perdendo a sua razão de ser na seara processual.

Assim, para a configuração do estado de necessidade processual, que permitirá a admissão, em caráter excepcional, das provas ilícitas no processo civil, nos termos do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, é necessário que estejam preenchidas as seguintes condições mínimas e indispensáveis:

a) possibilidade real e efetiva de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte interessada na admissão da prova;

b) existência de prova obtida mediante violação a normas jurídicas cujo conteúdo seja decisivo para o resultado do processo;

c) sopesamento de bens jurídicos envolvidos no processo, cujo resultado final seja favorável à admissão da prova questionada;

d) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

A proposta do *estado de necessidade processual* aqui apresentada decorre de uma leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, assim como ocorre com o estado de necessidade tradicional no direito material, sustenta-se aqui que o chamado *estado de necessidade processual* é uma excludente de ilicitude com efeitos processuais. Logo, atendidos os seus requisitos mínimos e necessários, a prova produzida em tais condições é apenas *aparentemente* ilícita. Consequentemente, inadmitir toda e qualquer prova obtida mediante violação a normas jurídicas, ainda que se verifique estar configurado este "estado de necessidade

processual", implicaria em rejeitar a utilização de *provas lícitas*[55] no processo, violando o direito à prova, também constitucionalmente assegurado[56].

Advirta-se, porém, que o estado de necessidade processual apenas se configura em hipóteses absolutamente excepcionais. A regra para a generalidade dos casos, como não poderia deixar de ser diante da vedação na Constituição Federal, foi e sempre será a inadmissibilidade das provas obtidas mediante violação a normas jurídicas.

6. Considerações finais

Como exposto ao longo deste estudo, a norma contida no art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, sem embargo de posicionamentos contrários na doutrina, é plenamente compatível com a Constituição Federal. O dispositivo em análise reconhece que a inadmissibilidade peremptória das provas ilícitas poderia ocasionar soluções indesejáveis em hipóteses excepcionais, abrindo espaço para a aplicação do princípio da proporcionalidade quando em jogo direitos fundamentais relevantes.

Nada obstante, a utilização do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas poderia ensejar a prática de abusos e esvaziar direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Para diminuir esses riscos, é recomendável que a ponderação contemplada no dispositivo em análise envolva a utilização de critérios mais ou menos lógicos, minimamente racionais, para que se possa realizar um controle objetivo sobre as decisões judiciais que enfrentarem este tema tão sensível.

A proposta do presente estudo é densificar a ponderação de interesses no campo das provas ilícitas através do chamado *estado de necessidade processual*. Partindo dos

[55] Nesse sentido, reconhecendo a existência de excludentes de ilicitude que possibilitam a admissão de provas aparentemente ilícitas, há precedente no Supremo Tribunal Federal: "Habeas corpus. *Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). Habeas corpus indeferido.*" (STF, HC 74.678-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.08.1997)

[56] O direito à prova pode ser entendido, entre outros aspectos, como o direito à admissão e produção dos meios de prova, típicos e atípicos, pertinentes e relevantes e a proibição de limitações probatórias que imponham obstáculos não razoáveis à demonstração dos fatos relevantes para o processo. Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 326 e CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

requisitos próprios do estado de necessidade no direito material, chegou-se à conclusão de que a prova (aparentemente) ilícita somente poderia ser admitida no processo em casos excepcionais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) possibilidade real e efetiva de formação de convencimento judicial contrário à parte interessada na admissão da prova; b) existência de uma prova obtida mediante violação a normas jurídicas, cujo conteúdo seja decisivo para o processo; c) sopesamento de bens jurídicos em jogo cujo resultado final seja favorável à admissão da prova obtida por violação a normas jurídicas; d) inexistência de conduta da parte interessada que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Aide, v. IV, t. I, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas:* Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentai*s. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998.

_____ (Org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil***.** 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, v. I.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANARIS, Claus-Wilheim. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.* Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo***.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHANDÍA, Hernán Devís. *Teoria general de la prueba judicial*. Medelín: Diké, 1987, t 1.

FLORES, Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, nº 97, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo***.** São Paulo, n. 37, jun. 1992.

_____. *Liberdades públicas e processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal.* 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*: estudos e pareceres. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: Parte Geral. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

KNIJNIK, Danilo. A "doutrina dos frutos da árvore venenosa" e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista Ajuris*, São Paulo, n. 66, p. 61-84, mar. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC* – críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1965, v. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939, t. I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 205, jul./set. 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro, n. 42, p. 57-68, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale,* Padova, Volume XXI (II Serie), 1966.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios*: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e amp. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III.

TRIBE, Laurence. *American Constitucional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Desirê Bauermann
Doutoranda – Direito Processual – UFMG
Mestre – Direito Processual - UERJ

Resumo: O presente texto examina os benefícios e também os perigos advindos da possibilidade de a tutela antecipada adquirir estabilidade, bem como analisa o projeto de Novo Código de Processo Civil, que visa introduzir tal instrumento na legislação processual brasileira.

Palavras Chave: tutela antecipada, estabilização, projeto de novo Código de Processo Civil.

Abstract: This text examines the pros and cons of grant stability to the decision taken in anticipation of tutelage, as well analyses the statute project that intend to introduce the instrument in the Brazilian Code of Civil Procedure.

Keywords: anticipation of tutelage, stability, New Code of Civil Procedure Project.

Sumário**:** *1. Introdução. 2. Tutela antecipada estabilizada: benefícios e "contra-indicações" 3. Da estabilização da tutela antecipada no direito italiano 4. Da concessão de tutela antecipada preparatória 5. Do projeto de novo Código de Processo Civil e a adoção da estabilização da tutela antecipada no Brasil 6. Breves conclusões.*

1. Introdução

A possibilidade de concessão generalizada de tutela antecipada foi positivada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8952/94, que alterou a redação do art. 273 do CPC. Desde tal evento, inúmeras discussões se desenvolveram acerca desse instituto, bem como foi levada a cabo sua alteração pela Lei 10.444/02, a fim de conceder a ele maior uso, efetividade e tecnicidade.

Através da reforma realizada se adequou a forma de cumprimento das decisões que antecipassem a tutela ao sistema utilizado pelo CPC, permitiu-se tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados fossem incontroversos, além de positivar a fungibilidade entre medidas cautelares e medidas antecipatórias.

Todavia tal alteração não foi suficiente para regular de forma plena o instituto em análise. Tanto que o projeto de Novo Código de Processo Civil visa modificar mais uma vez nosso ordenamento jurídico, revisando todo o regramento da tutela de urgência, a fim de positivar, entre outros, a possibilidade de emissão de tutelas antecipadas preparatórias, bem como de decisões antecipadas que tendam a tornar-se definitivas.

Essas mudanças proporcionariam o alcance de processos mais efetivos? Quais os resultados que podemos esperar das mudanças propostas? A essas questões procuraremos obter resposta, analisando a regulação do instituto da antecipação de tutela no Brasil, bem como a forma como se deu a implementação de mudanças semelhantes às propostas pelo legislador pátrio na Itália.

2. Tutela antecipada estabilizada: benefícios e "contra-indicações"

Quando falamos em estabilização da tutela antecipada nos referimos à possibilidade de o sistema processual permitir conserve a medida antecipada sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, resolvendo de forma definitiva a lide submetida à análise jurisdicional. O processo principal apenas será proposto se as partes tiverem interesse na obtenção de decisão definitiva sobre o direito controvertido, após cognição exauriente.

É justificada a opção por limitar a estabilidade apenas às medidas antecipatórias dos efeitos da decisão de mérito, não a estendendo às medidas meramente acautelatórias. A antecipação é da execução da medida que em situação normal apenas seria permitida depois de proferida decisão em processo principal sob rito ordinário. Logo, por haver coincidência entre os objetos buscados em ambos os momentos processuais, a decisão do processo principal pode ser dispensada se as partes assim optarem, visto que ela irá apreciar, após cognição plena, a mesma questão analisada quando da apreciação do pedido de concessão de tutela antecipada[1]. Todavia, tal

[1] Lea Querzola afirma que "o elemento distintivo fundamental está no fato de que, enquanto o provimento cautelar antecipatório tem sempre como finalidade aquela de assegurar os efeitos da decisão de mérito, o provimento antecipatório não cautelar não possui essa finalidade, ele tem luz própria, pois os seus efeitos não se acabam com a realização prática dos efeitos do provimento final, mas determinam por si mesmo a satisfação, mesmo que provisória, das pretensões da parte que pareceu ter razão", e é justamente tal distinção que torna possível a opção de se estabilizar a tutela antecipada concedida. Tutela cautelare e

possibilidade não poderia ser dada às medidas acautelatórias, pois seu objeto não é o mesmo do processo principal.

A estabilização da tutela antecipada apresenta como primeiro ponto positivo afastar do requerente que demonstrou *ab initio* ter razão em seu pleito o ônus de propor processo principal dentro do prazo previsto pela legislação processual apenas para garantir que a medida obtida não perca sua eficácia[2], mesmo que não tenha interesse na cognição plena sobre a matéria e na obtenção de decisão definitiva sobre o mérito, em virtude de a medida antecipada ter satisfeito o seu direito[3]. Ou seja, "si ottiene il vantaggio di permettere loro ogni più articolata ed opportuna valutazione circa la convenienza di agire o di resistere nel processo, com la conseguenza che, in molti casi, sarà facilitata uma definizione concordata del contenzioso"[4].

E como a estabilização apenas transfere ao requerido contra quem a medida foi deferida o ônus de propor a ação principal, em assim querendo, para obter decisão de mérito sobre a questão após amplo contraditório, sem impedir o exercício da ampla defesa quando assim quiser, não ofende tal garantia constitucional[5].

---

distoni: contributo Allá nozione di <<provedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffre, Set. 2006, pp. 806/807.

[2] Refere Franco Cipriani que "ognuno infatti avverte che, quando un provvedimento è stato dato da un giudice monocratico e confermato da un collegio, è piuttosto difficile che in sede di giudizio sul merito si abbia una decisione del tutto opposta. Certo, il provvedimento cautelare, a differenza del definitivo, presuppone una cognizione meramente sommaria, ma, io direi, solo in teoria, perché nella realtà applicativa le cose vanno in modo bem diverso, in quanto in sede cautelare si scrive, si discute e si documenta come e più che nel processo ordinario, sì che non ha evidentemente molto senso addossare alla parte che abbia ottenuto il provvedimento cautelare l'onere di ottenere anche il provvedimento definitivo di mérito, ché al massimo può aver senso assicurare alla controparte (più che il diritto di far valere le proprie ragioni in un ordinario giudizio sul merito) il diritto d'inpugnare". Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. Il giusto processo civile. **Rivista quadrimestrale**, n. 1/2006, pp. 24/25.

[3] O julgamento da AC 1.0479.06.114246-5/001 pelo TJMG, DJ 11.12.2007, Rel. Des. Nilson Reis, reflete claramente essa situação. Uma gestante, dada a gravidez de risco, interpõe ação cautelar preparatória visando a obtenção de medicamentos a serem ingeridos durante a gravidez. A concessão e cumprimento da liminar determinando o fornecimento dos medicamentos pelo Estado, bem como o termo da gravidez, afastou quaisquer interesses da requerente em propor processo principal, já que seu objeto havia sido totalmente exaurido com a concessão da liminar em sede de ação cautelar. Essa situação fática ilustra como a parte pode ter que "inventar" um processo principal para preencher as formalidades exigidas pela lei, mesmo não tendo nenhum interesse no prosseguimento da discussão da questão em juízo.

[4] BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Jun. 2006, p. 573.

[5] Bedaque, todavia, adotando posição inversa, afirma que "como solução genérica, em função de fatores econômicos e culturais existentes no Brasil, parece-me mais adequado o regime único para a eficácia da tutela sumária, seja conservativa, seja antecipatória. Mantê-la como solução provisória e instrumental, impondo a quem obteve a situação de vantagem o ônus de iniciar o processo (CPC, art. 808), ou conduzi-lo até o final (CPC, art. 273), representa técnica adequada e eficiente, pois assegura o resultado final do processo e preserva as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. (...) A proposta de tornar a tutela sumária mecanismo processual genérico é arriscada, pois, não só

Por tornar eventual a continuidade da discussão da questão *sub judice* após a concessão da medida, a estabilização pode ter também como efeito positivo a diminuição do número de processo em trâmite perante o Poder Judiciário. Ressaltamos que para esse resultado ser sentido na prática necessário que a medida concedida seja apta a satisfazer plenamente o direito da parte, pois só assim o requerente não terá interesse em propor processo principal, e como em inúmeros casos submetidos à juízo a antecipação se dá com relação a apenas parte do pedido, não podemos afirmar em que escala o efeito esperado será observado[6].

Depois, para que a medida antecipada adquira definitividade necessário que o requerido não dê continuidade ao processo, o que na prática não temos como afirmar se ocorrerá. Mas, levando-se em consideração que no Brasil a maior parte das decisões emitidas no decorrer do processo é objeto de recurso, afastando o resultado final o máximo possível, podemos prever que, embora sem dados estatísticos para tanto e levando em conta apenas o que normalmente se observa na prática forense, dificilmente teremos a estabilização da tutela sem que seja proposto processo principal pelo requerido, a não ser que ocorra mudança de mentalidade no sentido de valorizar a decisão antecipada, e o convencimento de que o prejuízo com a manutenção da discussão é maior do que aceitar a decisão judicial emitida nesse primeiro momento.

Embora em análise superficial a adoção do instituto pelo sistema de tutelas de urgência brasileiro não implique necessariamente no alcance de decisões mais céleres e na diminuição do número de processos em trâmite no Judiciário, em razão de retirar do autor que obteve a medida antecipada o ônus de interpor processo principal mesmo sem

subverte todo o sistema como, também, compromete garantias constitucionais do processo". **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 284/285.

[6] Lea Querzola preleciona nesse sentido, ao afirmar que "na praxe concreta, a parte não resta satisfeita por um provimento que antecipa apenas de forma parcial a tutela que ela poderia obter (penso, por exemplo, no caso de para um sócio ser suficiente a obtenção de um provimento que afasta os administradores, sem que se queira obter a condenação ao pagamento dos danos causados pelos mesmos, conscientes da sua situação de insolvência; ou ainda todas as hipóteses em que a parte fique satisfeita com o conteúdo inibitório da decisão que havia requerido sem ter vontade de propor posterior demanda de mérito); nessas hipóteses, a decisão pode ser definida de bom direito e também antecipatória, mesmo se o resultado que se consegue através dela não exaurir toda a tutela que a parte poderia receber". Tutela cautelare e distoni: contributo alla nozione di <<provedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffre, Set. 2006, p. 814.

interesse, e potencialmente diminuir o número de processos como um todo, já se mostra válida a adoção do instituto.

Ademais, a estabilização é medida proporcional e razoável, pois desestimula a propositura de processos inúteis, bem como resulta em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas positivado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, sem que com isso afaste a possibilidade de as partes obterem cognição plena sobre o objeto do processo, em assim querendo.

3. Da estabilização da tutela antecipada do direito italiano

A opção de conceder estabilidade às medidas antecipatórias foi adotada pelo sistema processual italiano, inspirada no sistema dos *référés* franceses, com o intuito de afastar os males decorrentes da excessiva demora para se obter decisão definitiva da lide naquele país, bem como evitar a propositura de processos principais quando as partes estivessem satisfeitas com o provimento obtido em sede de antecipação de tutela[7].

Para tanto se alterou o CPC no ano de 2005, dando-se nova redação aos seus artigos 669-octies e 669-novies, estabelecendo que, uma vez deferida tutela antecipada, tal decisão não perderá sua eficácia caso não proposto o processo principal no prazo peremptório previsto por lei, adquirindo estabilidade e, por conseqüência, perdendo seu caráter instrumental/acessório. Assim, tornou-se facultativa a propositura do processo principal tanto pelo requerente como pelo requerido, que irão interpô-lo apenas se tiverem interesse na continuidade do processo para obter decisão definitiva sobre a questão já apreciada sumariamente.

Não foram criados novos requisitos para a concessão das medidas antecipadas, que continuarão a ser deferidas com base no poder geral de cautela previsto no art. 700 do CPC italiano; apenas dispensou-se a propositura de ação principal pelo autor no prazo peremptório previsto por lei para garantir que a medida não perdesse sua eficácia.

[7] Importante assinalar que o CPC italiano não possui regramento específico para a concessão de tutela antecipada. Tal medida de urgência sempre foi concedida com base no poder geral de cautela previsto no art. 700 do CPC, que autoriza a adoção, pelo juiz, de "quaisquer medidas que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito". Assim, na Itália não há requisitos específicos a serem preenchidos para a concessão de medida antecipada, senão os mesmos exigidos para a concessão das cautelares.

Dessa forma, é possível seja proposta ação sumária autônoma para se obter decisões que antecipem os efeitos de eventual ação de mérito, pelo que atualmente, perante o ordenamento jurídico italiano, as "medidas antecipatórias constituem uma forma generalizada, rápida e sumária de tutela jurisdicional dos direitos que se põe ao lado e alternativamente ao ordinário processo de cognição" [8].

Além disso, na Itália a lei claramente disciplina que tal decisão não restará acobertada pela coisa julgada, podendo ser revista em sede de processo principal enquanto não prescrito o direito material[9]. Tal opção é meramente política, não havendo cláusula constitucional que impeça o reconhecimento da eficácia da coisa julgada de decisão antecipatória não submetida à cognição plena quando as partes optarem por não discutir exaustivamente a questão *sub judice*[10].

4. Da concessão de tutela antecipada preparatória

Conforme analisado no item "2", a estabilização da medida antecipada autoriza que em sendo ela deferida antes de proposto processo principal, permita-se que esse seja dispensado sem que tal atitude acarrete à parte a perda da eficácia da tutela provisória obtida[11]. Assim, necessário verificar em primeiro lugar se existe a possibilidade de obtenção de tutela antecipada preparatória ante o ordenamento jurídico brasileiro.

---

[8] MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007, p. 357.

[9] O art. 669-*octies* do CPC italiano claramente dispõe que "L'autoritá del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

[10] Paolo Biavati observa que a opção por não reconhecer eficácia de coisa julgada às decisões estáveis que anteciparam tutela é meramente legislativa e política, não havendo a seu ver impedimento constitucional para que fosse adotado entendimento diverso. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Jun. 2006, p. 569. Por outro lado, defende Comoglio que "non avendo alcuna vocazione ad incidere in forma definitive sul rapport o sul diritto controverso, i provvedimenti cautelari *non hanno alcuna attitudine ad acquisire l'autorità della cosa giudicata.* Essendo perciò sprovvisti della *definitivitá* e della *decisorietà* proprie di una <<sentenza>> in senso formale o sostanziale, essi *non sono soggetti ad alcuna impugnazione* tipica delle <<sentenze>> (ne, tanto meno, al ricorso straordinario per cassazione, previsto dall'art. 111, comma 7, cost.), neppure quando possano configurarsi come <<abnormi>> per essere stati adottati al di fuori degli schemi di legge". **Lezioni sul processo civile**. Vol. II. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 45.

[11] Ressaltamos que há proposta no sentido de permitir a estabilização da tutela antecipada mesmo se concedida no curso de um processo principal. Todavia, tal não é o principal alvo da estabilização, já que o seu objetivo primeiro é justamente dispensar a parte da propositura de processo principal se ela já obteve a satisfação do seu direito via concessão de antecipação de tutela. Analisaremos melhor tal questão no item 5 do presente trabalho.

O art. 273 do CPC concede ao juiz o poder de antecipar, de forma total ou parcial, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Assim, dada a redação de tal artigo, temos o entendimento de que o pedido antecipatório deve ser elaborado incidentalmente à petição inicial, não sendo possível requerê-la de forma antecipada.

Na prática, todavia, há situações em que, embora a situação de urgência exija a concessão de medida antecipada para a tutela do direito *sub judice*, não se dispõe ou do tempo necessário, ou dos elementos necessários para a propositura de processo principal. E são protocolados diariamente inúmeros pedidos de concessão de tutela antecipada preparatória com base no disposto no art. 798 do CPC, que concede ao juiz o poder de "determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

Ao assim proceder, recaímos novamente na questão inicialmente posta por nossos doutrinadores antes da previsão do instituto da tutela antecipada pelo art. 273 do CPC: diante da concessão de autonomia ao processo cautelar realizada pelo código processual brasileiro, cujo objeto exclusivo é garantir a efetividade de outro processo, pode ele ser utilizado para a concessão de tutela antecipada preparatória?

Ovídio Baptista da Silva, ao comentar o conteúdo do art. 798 do CPC, afirma claramente que não existe a possibilidade de se conceder tutela antecipada com base no poder geral de cautela desde a introdução dos arts. 273 e 461 ao CPC, afirmando que

> a universalização da ordinariedade que estimulava essa prática, como observamos nas edições precedentes desta obra, acabou cedendo lugar às medidas *provisórias* previstas nestes dois preceitos legais, de modo que não mais se justifica a concessão de providências antecipatórias com fundamento nos arts. 798-799. As medidas provisórias que "antecipem efeitos da tutela pretendida pelo autor", como está dito no art. 273, devem ser postuladas com base neste dispositivo; ou, tratando-se de pretensões relativas ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, com fundamento no art. 461.[12]

[12] **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140. No mesmo sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 485.

Mas, mesmo sendo tecnicamente incorreta, tal prática vem sendo constantemente acatada pelos tribunais[13]. Isso, porque embora haja diferenças entre as medidas cautelares e antecipatórias, como aquela se destinar a proteger o direito a ser reconhecido no processo principal, enquanto esta ter como função conceder desde já os efeitos que apenas seriam obtidos com a sentença final de mérito, existem pontos em comum entre elas que justificam o uso do procedimento previsto no CPC para a obtenção de medida cautelar a fim de que seja concedida tutela antecipada preparatória.

Ambas são provisórias e instrumentais, além de serem deferidas com o objetivo principal de afastar os prejuízos decorrentes da duração do processo, desenvolvendo a mesma função constitucional, qual seja proporcionar que o Poder Judiciário aprecie lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) de forma adequada, tempestiva e apta a atender na prática os direitos dos cidadãos que acessam o Judiciário.

A aplicação do parágrafo 7º do art. 273 do CPC, que permite a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, é mais um fator a autorizar a utilização do procedimento das medidas cautelares para viabilizar o requerimento e concessão de medida antecipatória preparatória[14].

[13] A título exemplificativo, foi admitida concessão de tutela antecipada em ações cautelares inominadas para fornecimento de medicamentos nos seguintes julgados: TJMG, AC 1.0317.03.023754-7/001(1), Rel. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJ 30.08.2007, TJMG, AI 1.0024.09.5833361-2/001 , Rel. Des. Rogério Medeiros, DJ 06.10.2009.

[14] No julgamento da AC 70018285817, 3ª Câm. Cível do TJRS, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 15/03/2007 foi aplicado o princípio da fungibilidade insculpido no par. 7º do art. 273 do CPC para reconhecer que o fato de o pedido de tutela antecipada ter sido elaborado em sede de ação cautelar inominada não era óbice à concessão da medida pleiteada, senão vejamos a ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA. 1- Preliminar de Carência de Ação: Visando aos princípios da economia, da instrumentalidade e efetividade do processo, trouxe o legislador em 2002, através da LF nº 10.444/02, a fungibilidade das pretensões cautelar e antecipatória. Deve-se conceder a medida postulada em cautelar inominada, ainda que satisfativa, uma vez presentes os seus ordinários requisitos, em sobrelevo ao princípio da instrumentalidade do processo. Correta a via eleita, principalmente diante do bem protegido (vida e saúde) (...)". No mesmo sentido o julgamento do AgRg no REsp 1013299/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª. Turma, DJe 15.10.2009: "Processo Civil. Recurso Especial. Tutelas de Urgência. Fungibilidade. Inteligência do art. 273, par. 7º, CPC. Medida cautelar preparatória. Antecipação de tutela como meio adequado. Interesse de agir. Reconhecimento. 1. "O art. 273, par. 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Precedentes do STJ" (REsp 1011061/BA, Relator(a) Ministra Eliana Calmon, DJe 23/04/2009). 2. A interpretação da corte de origem, de que carece interesse de agir à parte que apresenta pleito cautelar quando o correto é antecipatório, distancia-se da interpretação que o STJ confere à matéria". Em sentido contrário o julgamento do AI 70021761432, 4ª Cam. Cível, TJRS, Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, julgado em 19.12.2007: "Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamentos. Cautelar. Impropriedade da ação proposta. Infungibilidade da ação cautelar com a tutela antecipatória em ação de conhecimento. Responsabilidade do ente federado. Imprópria a ação cautelar

Além disso, a proteção aos direitos dos jurisdicionados deve ser garantida pelo Poder Judiciário, não havendo como afastá-la sob o argumento de que o direito processual não prevê instrumento adequado para tanto, pois formalidades processuais não podem impedir tenham as partes acesso à Justiça de forma adequada, tempestiva e efetiva.

Nesse sentido o magistério de Humberto Theodoro Júnior, senão vejamos:

> Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.
> É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.(...)
> A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material, se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional[15].

Assim, embora não prevista expressamente a possibilidade de concessão de medida antecipada preparatória em nosso ordenamento jurídico, ela tem sido admitida tanto pela jurisprudência, todavia não de forma unânime, como por parte da doutrina em virtude da necessidade de o Judiciário garantir proteção adequada aos direitos dos jurisdicionados e da proximidade de objetivos e características existente entre as medidas cautelares e antecipatórias.

---

para obter declaração definitiva do direito material. O processo cautelar visa não a satisfação do próprio direito, mas sim promover garantias para impedir prejuízos à efetividade futura da prestação jurisdicional. Não há fungibilidade entre o processo cautelar e o processo de conhecimento porque não se trata apenas de adequar o rito, mas são processos distintos, com procedimentos e objetivos próprios. Negaram provimento. Unânime".

[15] **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 666.

5. Do projeto de novo Código de Processo Civil e a adoção da estabilização da tutela antecipada no Brasil

Conforme visto no item anterior, parte da doutrina e da jurisprudência no Brasil admite a concessão de tutela antecipada preparatória com base no art. 798 do CPC, mas embora positivada a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias, não é tecnicamente correta no sistema eleito pelo nosso código de procedimento, já que o processo cautelar não seria sede para a obtenção do que apenas poderia ser alcançado ao final de um processo de conhecimento.

E, mesmo obtida medida antecipada preparatória, ela será provisória e instrumental, não adquirindo estabilidade e exigindo a propositura de processo principal para que a medida mantenha sua eficácia[16]. Nesse sentido preleciona José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que

> a via cautelar, porém, não é apta a satisfazer definitivamente. Sua função no sistema processual é tão-somente garantir a satisfação, ou seja, possibilitar que o escopo jurídico e social da jurisdição seja alcançado plenamente. A tutela cautelar constitui importantíssimo instrumento destinado a assegurar a efetividade do processo. Por isso necessita ser bem manejado, sem assumir, todavia, o papel substitutivo das modalidades de tutela satisfativa. Não obstante autorizada doutrina defenda a possibilidade de a tutela cautelar atingir o plano material, o que tornaria desnecessário outro pronunciamento judicial, não é essa a orientação adotada no sistema processual brasileiro. Em princípio, tal medida é provisória e instrumental, não prescindindo de outra, cuja função é solucionar definitivamente a crise de direito material"[17].

[16] Cândido Rangel Dinamarco acolhe tal posicionamento, ao afirmar que "aceita a admissibilidade da tutela antecipada ainda antes da instauração do processo principal, é imperativa a limitação de sua eficácia, tanto quanto se estabelece para as cautelares, à duração máxima de trinta dias, contados da efetivação – de modo que, não proposta a demanda principal nesse período (CPC, arts. 806 e 808, inc. I), a medida urgente deixa de ser eficaz e os seus efeitos serão desconstituídos". **O regime jurídico das medidas urgentes**. Disponível em www.direitoprocessal.org.br. Consulta em: 10 jun. 2008.

[17] **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 243.

Certo é que o projeto de novo CPC propõe uma reformulação total da previsão das tutelas de urgência na legislação pátria, afastando a autonomia do processo cautelar e regulando toda a matéria pertinente no item Tutela de urgência e tutela da evidência, situado na sua parte geral.

E nessa nova regulação passa a permitir tanto a concessão de medidas antecipadas preparatórias de acordo com a melhor técnica processual, como que elas adquiram estabilidade[18]. A concessão de tutela antecipada preparatória vem prevista nos artigos 286 e seguintes do projeto em comento, que positivam o procedimento para se requerer medidas de urgência em caráter antecedente, tornando esse proceder de acordo com a legislação processual pátria, afastando as interpretações que, conforme já referido no presente ensaio, embora permitam a sua concessão hoje em nosso país, fogem da técnica imposta pelo CPC atualmente em vigor.

Além disso, prevê que a antecipação de tutela concedida se estabilize caso o réu não impugnar a liminar, tornando desnecessária a apresentação do pedido principal, conforme o disposto no art. 289 parágrafo 2º do mesmo diploma.

Ademais, o art. 290, parágrafo 2º afirma que "nas hipóteses previstas no art. 289, parágrafos 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes".

Quanto ao tema em comento, temos ainda a disposição do art. 293, que refere que "a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes'.

Por fim, o projeto de novo CPC determina, no seu art. 295, que "não se aplicam à medida requerida incidentalmente as disposições relativas à estabilização dos efeitos da medida de urgência não contestada".

Primeiramente, necessário criticar a opção do projeto de permitir a estabilização da liminar concedida apenas quando a mesma não for impugnada. Melhor seria a legislação exigir o uso de processo principal apenas quando as partes tivessem interesse,

[18] Importante referir que mesmo antes da apresentação do projeto de Novo Código de Processo Civil já havia discussão sobre a possibilidade de adoção do instituto perante o direito brasileiro, existindo projeto apresentado por Athos Gusmão Carneiro, que foi discutido perante o Instituto Brasileiro de Direito Processual, e também projeto de autoria de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, que recebeu o número PL 186/2005 e acabou sendo arquivado no Senado Federal.

desobrigando-as de interpô-lo para manter a eficácia da medida antecipada independentemente da impugnação ou não da medida pelo réu (aliás, esse poderia propor a ação principal se fosse do seu interesse, aplicando-se o disposto no art. 289, parágrafo 3º do Projeto do CPC).

Recordamos que as razões pelas quais se justifica a adoção da estabilização da tutela antecipada são o afastamento do ônus que possui o requerente, mesmo sem interesse, de propor processo principal para que a medida não perca sua eficácia, e a potencial diminuição no número de processos submetidos à apreciação judicial. Busca-se a definição da questão posta *sub judice* sem que haja embate entre as partes, visa-se o alcance do consenso entre elas no que tange à desnecessidade de prolongar a discussão em juízo, incentivando o fim do processo nesse primeiro momento.

E o fato de o requerido ter impugnado o pedido de concessão de tutela antecipada não significa que o requerente passará a ter interesse na continuidade do feito, ou que tenha de ser mantido o ônus de ele propor processo principal. Se o requerido não se conformar com os argumentos esposados na decisão para afastar sua impugnação, caberá a ele propor processo principal, se assim optar, não devendo esse ônus recair sobre o requerente da medida. Sugerimos, assim, a reformulação da redação dos artigos 288, parágrafo 2º; 289, parágrafo 2º e 291, I do projeto, que prevêem o afastamento da possibilidade de a medida antecipada adquirir estabilidade em decorrência de impugnação do requerido.

Depois, impende ressaltar que a opção por não estabilizar as liminares concedidas incidentalmente ao processo principal (art. 295 do Projeto em comento) também não se coaduna com o espírito do instituto da estabilização da tutela antecipada. Certo é que o seu objetivo principal é evitar a propositura de outro processo para garantir a eficácia da medida concedida, e no caso de ela ser deferida de forma incidental já teremos processo principal em curso. Todavia, não há óbice na legislação processual e na Constituição Federal a impedir adquira estabilidade também a medida antecipada incidental, caso as partes optem pelo não prosseguimento do processo principal após o seu deferimento.

Ada Pellegrini Grinover, na justificativa do Projeto por ela apresentado e arquivado junto ao Senado Federal, escreve que

> o que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento

> teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito[19].

A estabilização da medida antecipada incidental, dada a facilidade em prosseguir com a discussão em juízo, e considerada a grande litigiosidade verificada em nossos tribunais, provavelmente não ocorrerá em grande escala. Mas a opção mostrar-se-ia válida por afastar a necessidade de prosseguimento de um processo no qual as partes não têm mais interesse, incentivando o consenso entre as partes na busca de solução mais rápida do processo.

Vale observar ainda a decisão acertada de não se conceder estabilidade de coisa julgada à decisão que antecipar a tutela e não for objeto de posterior análise em sede de processo principal.

Certo é que tal opção é apenas política, não havendo óbice constitucional para inclusive se reconhecer a formação da coisa julgada sobre a liminar estabilizada, já que ela alcançará essa força apenas no caso de aquele contra quem a medida foi deferida optar por não estabelecer o contraditório pleno sobre o direito *sub judice* não ofendendo, portanto, as garantias do contraditório e do devido processo legal.

Todavia, melhor nos parece a opção de não revestir essa decisão com a força de coisa julgada[20], visto que viabilizando a interposição de processos principais no prazo de prescrição do direito material, ao invés de determinar prazo exíguo para tanto, pode incentivar a utilização do instituto pelo Poder Judiciário, que não deixaria de conceder medidas antecipatórias pelo receio de que as mesmas tendessem a ser acobertadas pelo manto da coisa julgada, bem como evitar que a parte contra quem a medida foi deferida, por receio de após algum tempo verificar que a opção por não interpor processo principal não foi bem refletida, propor o mesmo dentro do prazo previsto pela legislação para tanto simplesmente para afastar o perigo de não poder discutir aquela questão perante o Poder Judiciário posteriormente.

[19] Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, p. 36.
[20] É o que ocorre, por exemplo, na Itália, na França e na Bélgica.

6. Breves conclusões

As medidas antecipadas e cautelares são espécies do gênero tutela de urgência, e atualmente os processualistas têm procurado focar o seu estudo nas suas características comuns, a fim de utilizá-las de forma mais adequada e efetiva, evitando-se com isso que direitos deixem de ser tutelados em decorrência de questões meramente formais.

Verificamos que a jurisprudência, para atender a esse intuito, na prática tem acolhido pedidos de antecipação de tutela elaborados em ações cautelares inominadas com base no art. 798 do CPC, aplicando-se o princípio da fungibilidade para justificar a possibilidade de requerimento de tutela antecipada preparatória sob a forma de ação cautelar.

Todavia a decisão antecipada, mesmo que concedida em processo antecedente, não adquire estabilidade, visto que o ordenamento jurídico brasileiro considera a medida antecipada, tal como a cautelar, provisória e instrumental, havendo a necessidade de a parte que a obteve propor, no prazo legal, processo principal para manter a eficácia da medida.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil propõe seja admitida a estabilização das medidas antecipadas independentemente de sua confirmação por decisão em outro processo, após cognição exauriente. Tal opção teria por justificativa afastar o ônus da parte que obteve o acertamento do seu direito pelo Judiciário de interpor outro processo no qual não possui interesse, com o objetivo único de manter a eficácia da decisão concedida de forma antecipada. Além disso, tem potencial para diminuir o número de processos e o tempo para julgamento das questões submetidas à apreciação judicial, embora sejamos céticos quanto aos resultados que serão sentidos na prática em decorrência dessas alterações, pelas razões já expostas no decorrer do trabalho.

Mesmo assim consideramos válida a proposta de concessão de estabilidade às medidas antecipadas, devendo apenas o Projeto ser alterado em um ponto, que a nosso ver aumentariam as chances de sucesso do instituto.

Isso, porque o projeto não deveria estabelecer hipóteses nas quais obrigatoriamente uma das partes deverá propor processo principal exclusivamente para garantir a eficácia da medida antecipada. O objetivo da estabilização da tutela

antecipada é justamente afastar a necessidade de propositura de processos nos quais as partes não tenham interesse, pelo que não se justifica previsão legal determinando que a parte requerente deva propor processo principal quando o pedido de tutela antecipada veiculado de forma antecedente tiver sido impugnado, tal como previsto .

Importante anotar ao final ser acertada a opção por não conceder autoridade de coisa julgada material à decisão estabilizada, a exemplo do que ocorre no direito italiano (e diferentemente do que propunham outros projetos anteriores sobre o tema em discussão no Brasil). É que sua concessão ocorre mediante apreciação sumária da causa e, quase sempre, em mero despacho da petição inicial, antes mesmo da citação do réu, sendo por essa razão melhor que a medida se estabilize sem necessidade de propositura obrigatória de ação principal, mas sem adquirir a intangibilidade própria da *res iudicata*.

A não impugnação funcionaria como aquiescência do réu à medida pleiteada sumariamente pelo autor, a título de negócio jurídico aperfeiçoado consensualmente em juízo. A previsão da coisa julgada sumária, em lugar de estimular a solução consensual, pode produzir efeito contrário, isto é, pode conduzir o réu a impugnar a medida apenas para evitar a intangibilidade do provimento sumariamente decretado. Melhor, portanto, a escolha feita pelos elaboradores do projeto de deixar às partes a deliberação de buscar, ou não, a coisa julgada, segundo suas próprias conveniências.

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Jun. 2006, pp. 563/574.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. **Revista de Processo**, n. 140, out. 2006, pp. 72/85.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile.** Vol. II, 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2005.

CIPRIANI, Franco. Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. **Il giusto processo civile**. Jan-abr. 2006, pp. 7/30.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. Disponível em www.direitoprocessal.org.br. Consulta em: 10 jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37.

LOPES DA COSTA. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1959.

MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. Vol. II, Milão: CEDAM, 2007.

QUERZOLA, Lea. Tutela cautelare e distoni: contributo Allá nozione di <<provedimento anticipatorio>>. **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**. Milão: Giuffre, Set. 2006, pp. 787/818.

RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória no direito italiano. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Jan/abr. 1997, pp. 125/141.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 11, Porto Alegre: Letras jurídicas, 1985.

_____. Do processo cautelar. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARZIA, Giuseppe. **Il processo cautelare**. 2. Ed. Milão: CEDAM, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ARTIGOS 1º A 12 DO PLS 166/10.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ e da UNESA. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Este trabalho examina os 12 primeiros artigos do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, que trata do Novo Código de Processo Civil. Esses dispositivos cuidam dos princípios e garantias constitucionais e têm por objetivo sintonizar a legislação infraconstitucional com as normas da Carta de 1988. É feito um breve exame do alcance de tais dispositivos, problematizando ou antecipando algumas situações concretas que poderão ocorrer com a vigência do novo texto.

Abstract: This paper examines the 12 first rules of the Senate´s Project of Law number 166/10, that presents the New Civil Procedure Code. These rules deal with constitutional principles, and their aim is to adjust the Law to the constitutional norms. It is presented a brief review of the possible questions and the problems that can be expected at the arrival of these new rules.

Palavras-Chave: Projeto. Código. Processo Civil. Princípios. Garantias Fundamentais.

Key-Words: Project. Civil Procedure Code. Principles. Fundamental Rights.

Sumário: *1. Considerações iniciais. 2. Comentários aos dispositivos. 3. Considerações Finais. 4. Bibliografia.*

1. Considerações Iniciais

Em primeiro lugar é preciso enfatizar, como aliás tem sido exaustivamente repetido pelo Presidente da Comissão, Min. Luiz Fux, que não se trata de uma grande reforma, mas, sim, de um novo Código.

Há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil.

Pela leitura do texto, é possível perceber a preocupação em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, revelando a feição neoconstitucional do trabalho.

A rápida acolhida do Senado, que logo no dia seguinte ao da entrega do anteprojeto, já o autuou como Projeto de Lei (PLS 166/10), nos dá uma idéia da excelência do trabalho.

A anatomia do texto é a seguinte: um total de 1008 artigos distribuídos em cinco livros, a saber: Parte Geral, Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo nos Tribunais e meios de impugnação, e Disposições finais e transitórias.

A Parte Geral é dividida em 11 títulos.

O Título I trata dos Princípios e Garantias, das normas processuais, da jurisdição e da ação.

Neste primeiro comentário, abordaremos os primeiros artigos do capítulo I, intitulado "Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil".

Quero registrar que esse artigo foi elaborado a partir de comentários que tenho feito sobre esses dispositivos em meu blog[1], com as devidas adaptações. A boa acolhida dos despretensioso comentários nos animou a transformá-los neste texto que agora é submetido ao crivo da academia.

Por outro lado, nosso trabalho tevepor base, inicialmente, a primeira versão do Projeto. A nova versão, que acolheu algumas das mais de 700 sugestões apresentadas durante as audiências públicas realizadas, ou encaminhadas pelos mais diversos órgãos governamentais e da sociedade civil, foi disponibilizada em fins de novembro de 2010, e ainda será objeto de votação. Desse modo, usamos como texto base a versão original produzida pela Comissão de Juristas, anotando, quando for o caso, as alterações sugeridas pelo Substititutivo[2] ofertado pelo Senador Valter Pereira.

2. Comentários aos Dispositivos:

[1] http://humbertodalla.blogspot.com. Os comentários começaram a ser postados em junho de 2010 e pretendem acompanhar a tramitação do Projeto nas Casas Legislativas.

[2] No dia 24 de novembro de 2010 foi apresentado o Substitutivo pelo Senador Valter Pereira, acolhendo diversas modificações e renumerando os dispositivos originalmente dispostos no PLS 166/2010. A íntegra do Substitutivo está disponível em nosso blog: http://humbertodalla.blogspot.com.

> "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

Observa-se uma preocupação em distinguir princípios de valores, que vem sendo acompanhada pela doutrina processual. Por todos, referimos Marinoni[3].

Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional.

Grandes expoentes do direito processual[4] já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore, e o direito processual é um de seus ramos. Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional[5].

Nesse passo, importante refletir sobre a necessidade da renovação do direito processual; tanto o novo CPC, como o novo CPP (PLS 156/09) cujos textos anteriores (na verdade os atuais, em vigor), foram editados antes da Carta de 1988.

Como afirma Luis Roberto Barroso[6], somos um país de democracia tardia. A nova Constituição, e, sobretudo, a defesa intransigente das liberdades públicas (direitos de primeira dimensão), bem como a implementação dos direitos sociais (segunda dimensão) fizeram com que nos encontrássemos na desagradável situação de ter um pé na modernidade e outro na pós-modernidade[7].

---

[3] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo, in Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

[4] Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: TROCKER. Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974; CAPPELLETTI. Mauro. TALLON. Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973; TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998; MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

[5] ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[6] BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*), artigo disponível em http://www.direitodoestado.com, acesso em abril de 2010.

[7] Gisele Cittadino. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Alceu (PUCRJ), Rio de Janeiro, 2004.

A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas) e o direito infraconstitucional[8].

Significa, ainda, o esforço do legislador infraconstitucional para *"densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos"*, nas precisas palavras de Marinoni e Mitidiero[9].

O dispositivo diz ainda que o processo civil será interpretado conforme a Constituição.

É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto, seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.

Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os Princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adeque ao espírito constitucional[10].

É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas, falam em ditadura do juiz[11]. Cria-se, portanto, a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni[12]. É o que chamamos do "fundamento do fundamento": as partes tem o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

---

[8] Por todos, BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na Pós-Modernidade*, Forense Universitária, Rio de janeiro, 2005.

[9] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

[10] BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, artigo disponível em http://www.migalhas.com.br, acesso em 28 de janeiro de 2009.

[11] MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In*: Novos Estudos, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

[12] MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível no endereço http://www.marinoni.adv.br, acesso em 05 de agosto de 2010.

É bem verdade que isso, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há uma enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação[13], bem como os pré-conceitos que influenciam[14] internamente[15] o juiz.

De toda sorte, o dispositivo é de suma relevância e sua posição como artigo 1º tem enorme simbolismo.

É, sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece, portanto, um novo Código.

O artigo 2º tem a seguinte redação:

> Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

A regra já consagrada em nosso ordenamento é repetida, agora, no artigo 2º do Projeto. Como não poderia ser diferente, é mantido o Princípio Dispositivo, também chamado de Princípio da Inércia ou ainda Princípio da Demanda.

As "exceções" previstas em Lei devem ser examinadas. No CPC vigente, há dispositivos relativos à abertura de inventário, e no procedimento dos testamentos que autorizam o magistrado a agir de ofício, provocando, ele mesmo, o aparelho judicial.

No novo CPC, o dispositivo que mais chama a atenção, sem dúvida alguma, é o artigo 284, que é assim enunciado: *"Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício"*.

Apesar de ser uma forte tendência doutrinária[16], me parece que o Código poderia ter explicitado um pouco mais os tais "casos excepcionais".

Sem querer entrar ainda num comentário aprofundado do referido artigo 284, parece que deve haver limites claros a essa iniciativa judicial, sob pena de se causar uma potencial insegurança jurídica.

[13] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso, 3a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
[14] HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
[15] Para os que desejam se aprofundar nessa temática, sugerimos vivamente a seguinte leitura: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
[16] FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Pensar em uma medida de urgência de ofício, envolvendo menores, idosos, hipossuficientes, ou ainda em hipóteses com grande dano à direito indisponível ou da própria coletividade é perfeitamente aceitável.

Porém, em litígios que envolvam partes maiores e capazes, e direitos patrimoniais, me parece que a postura ativa do magistrado é, de todo, desaconselhável.

Pelo menos essa restrição poderia ter sido incluída no texto, adotando-se, assim, um critério híbrido (meio *ope legis*, meio *ope iudicis*)

Nunca é demais lembrar que o juiz que age de ofício deve ter um extremo cuidado para que, mesmo involuntariamente, não venha a se aproximar de uma das partes, ferindo a imparcialidade que deve nortear sua conduta na condução do processo.

Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia, salvo se o juiz fundamentar analiticamente sua decisão, de modo a demonstrar que está a garantir a igualdade no sentido material.

E mais, ainda que conceda uma medida de urgência *ex officio*, restará ainda a necessidade de se deflagrar a execução provisória, e, aqui, não pode o magistrado agir sem a provocação da parte interessada (art. 491, inciso I do Projeto e artigo 475-O, inciso I do atual CPC).

A parte final do dispositivo menciona o desenvolvimento "por impulso oficial". Em outras palavras, o processo não deve ficar parado. Esse dever do juiz vem sendo objeto de inúmeros estudos, sobretudo no viés administrativo e gerencial.

Cada vez mais o juiz é visto como um gestor, um gerente do juízo perante o qual exerce suas funções. E tal visão parece ser adotada pelo próprio CNJ, haja vista a quantidade de metas[17] estabelecidas para este ano de 2010.

[17] Disponível em http://www.cnj.jus.br: **Meta 1:** julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal; **Meta 2:** julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007; **Meta 3:**reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31 de dezembro de 2009); **Meta 4:** lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento; **Meta 5:** implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau; **Meta 6:** reduzir a pelo menos 2% o consumo per capita com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009); **Meta 7:** disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal; **Meta 8:** promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados; **Meta 9:** ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior; **Meta 10:** realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário.

De se observar que há metas para o magistrado, para o Tribunal e para o próprio Poder Judiciário como um todo, de modo que o impulso oficial, se combinado com a garantia da razoável duração do processo, conduz a uma progressiva e elogiável melhoria das rotinas administrativas da esfera jurisdicional.

Só é preciso cuidado, como adverte Boaventura de Souza Santos[18], com os exageros e com os efeitos colaterais que advém desse método de "rotinização".

O artigo 3º do PL 166/10 está assim enunciado:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

A redação repete o princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988, com a ressalva da arbitragem, que não é disciplinada no Projeto, e continua regulada pela Lei nº 9.307/96.

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um terceiro, escolhido pelas partes, com poder de decisão, segundo normas e procedimentos aceitos por livre e espontânea vontade das partes[19].

No entendimento de José Cretella Júnior:[20]

> o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Um conceito bastante difundido é dado pelo Desembargador Cláudio Viana de

[18] . SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, artigo disponível em meio digital no seguinte endereço: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm

[19] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 3a edição: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

[20] CRETELLA JUNIOR, José. *Da arbitragem e seu conceito categorial*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, 1988.

Lima.[21] Utilizamos o seu ensinamento como forma de homenagem póstuma a um dos precursores da arbitragem no direito brasileiro, que merece todo respeito, principalmente, por ter sido integrante do poder judiciário e, ainda assim, ter rompido todos os obstáculos e preconceitos, tornando-se uma das figuras que mais prestigiou o instituto. Para ele, arbitragem é:

> a prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação antes da solução de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, princípio universal da autonomia e da vontade, através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mais de confiança e escolha das partes em divergência.

Como se vê, a arbitragem é um procedimento fora da jurisdição; ela não se coloca nem abaixo nem acima, mas ao lado; é um procedimento paraestatal.

A arbitragem, como se costuma dizer, é um degrau a mais em relação à mediação, especificamente à mediação ativa, pois o árbitro, além de ouvir as versões das partes, além de tentar uma solução consensual, além de interagir com essas partes, deverá proferir uma decisão de natureza impositiva, caso uma alternativa conciliatória não seja alcançada.

Vemos, então, que a crucial diferença entre a postura do árbitro e a postura do mediador é que o árbitro tem efetivamente o poder de decidir, ao passo que o mediador tem um limite: ele pode sugerir, ele pode admoestar as partes, ele pode tentar facilitar aquele acordo, mas ele não pode decidir aquela controvérsia.

Qual seria a distinção entre a função do árbitro e a do juiz togado?

É certo que o legislador quis transferir ao árbitro praticamente todos os poderes que o juiz de direito detém. O legislador, na Lei nº 9.307/96, chega mesmo a afirmar textualmente, no artigo 18, que o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que ele proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.

Esse dispositivo está em perfeita consonância com o artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, que diz ser a sentença arbitral um título executivo judicial.

Ou seja: por força imperativa de Lei, um título que originalmente não é oriundo

[21] LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem*: a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Veja-se, também, do autor, o texto *A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem* que está publicado na coletânea *A Arbitragem na Era da Globalização*, coord. José Maria Rossani Garcez, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

de um processo jurisdicional, passa a ser tratado e equiparado a uma sentença.

Assim se vê que o legislador deixa claro que tudo aquilo que foi examinado e decidido no procedimento arbitral recebe o mesmo tratamento das matérias que foram examinadas e decididas num procedimento jurisdicional.

Uma vez aberto o cumprimento de sentença elas não podem ser argüidas pela parte inconformada.

Mas, voltemos ao ponto inicial do raciocínio, ou seja, o *quantum* de poder do juiz e do árbitro.

Uma das características principais da jurisdição é a coercibilidade.

O juiz, no exercício de seu mister, tem o poder de tornar coercíveis suas decisões, caso não sejam cumpridas voluntariamente. Ele julga e impõe sua decisão.

O árbitro, assim como o juiz, julga. Ele exerce a cognição, avalia a prova, ouve as partes, determina providências, enfim, preside aquele processo. Contudo, não tem ele o poder de fazer valer suas decisões.

Em outras palavras, se uma decisão do árbitro não é voluntariamente adimplida, não pode ele, de ofício, tomar providências para assegurar a eficácia concreta do provimento dele emanado.

Não vamos entrar aqui na discussão política e constitucional do legislador ao não transferir a *coertio* ao árbitro.

É bem verdade que se, de um lado a opção legislativa representa um problema à efetivação da decisão arbitral, por outro, mantém o sistema de freios e contrapesos e a própria harmonia entre as funções do Estado, impedindo a transferência de uma providência cogente, imperativa, a um particular, sem uma forma adequada de controle pelos demais poderes constituídos, o que acabaria por vulnerar o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, pelo sistema atual, o árbitro, ao ver descumprida sua ordem, deve buscar no Poder Judiciário, o auxílio, a complementação, em suma, a *coertio* a essa ordem.

Vistas essas distinções básicas, cabe agora examinar a constitucionalidade do instituto.

Alguns pontos da Lei nº 9.307/96 foram objeto de argüição incidental de inconstitucionalidade nos autos de homologação de sentença estrangeira, que tramitou pelo

STF por mais de cinco anos. Após intensos debates, o Pretório decidiu, por maioria, pela constitucionalidade[22] desses dispositivos, garantindo a efetividade da arbitragem no ordenamento brasileiro.

O ponto central da discussão dizia respeito à autonomia da cláusula compromissória, ou seja, o pacto de arbitragem, feito antes do surgimento do litígio. Pela letra da Lei, declarada constitucional pelo STF, ainda que por maioria, a recusa em cumprir a cláusula daria ensejo ao ajuizamento de demanda especial, com o objetivo de obter em juízo o suprimento judicial da vontade não manifestada (realização da arbitragem).

Discutiu-se se não se tratava de mera cláusula de conteúdo obrigacional, que deveria resolver-se em perdas e danos apenas, não ensejando a obrigatoriedade da utilização da solução arbitral em detrimento da solução jurisdicional, sobretudo diante dos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que a livre manifestação de vontade, a previsibilidade das conseqüências do ato e a existência de uma Lei clara sobre a matéria seriam suficientes para afastar qualquer alegação de inconstitucionalidade.

A questão foi ainda discutida sob o ângulo da autonomia da sentença arbitral e a desnecessidade de sua homologação pelo Poder Judiciário, na forma do artigo 31 da Lei nº 9.307/96.

Os principais argumentos utilizados para questionar a inconstitucionalidade são os seguintes:

a. impossibilidade de alguém ser processado ou sentenciado, senão pela autori-

[22] *"Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral".*SE 5.206-Espanha (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12.12.2001. Informativo nº 254 do STF.

dade competente (art. 5º, LIII, CF);

b. subtração do juiz natural das partes (art. 5º, XXXVIII, CF);

c. subtração do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e

d. acesso às vias recursais (art. 5º, LV, CF).

Nessa perspectiva, não há como considerar inconstitucional o juízo arbitral, já que, se ambas as partes, de comum acordo, decidem utilizar-se da arbitragem, escolhendo pessoa idônea para decidir acerca do problema surgido, seria inconcebível que o dispositivo trouxesse em si qualquer ilicitude ou abuso que pudesse ocasionar infringência ao previsto na norma constitucional em questão.

A inconstitucionalidade ocorreria se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar a solução de seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e, aí, afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

Em relação à irrecorribilidade da decisão proferida pelo árbitro, não há que se falar em violação a princípios constitucionais, pois ambas as partes acordaram em submeter seus litígios a árbitro de sua confiança. Presume-se, então, que haja total fidúcia das partes em relação a decisão que será proferida.

Como última observação ao artigo 3º do Projeto, devemos dizer que não apenas a arbitragem, mas também a mediação (art. 134 do Projeto), desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, na modalidade prévia e extrajudicial, pode ser utilizada como mecanismo de solução alternativa de conflitos, sem que haja qualquer comprometimento da Garantia Constitucional.

Comentaremos as questões mais tormentosas que cercam a mediação e a conciliação em outra oportunidade[23].

Chegamos ao art. 4º:

> Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.

O processo é o instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito

[23] Estamos preparando trabalho inédito sobre o tema no Projeto do CPC. Por enquanto, remetemos o leitor a nossa obra específica sobre a matéria, porém anterior ao PLS 166/10. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

pátrio o chamado "processo justo" que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana.

Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos ampla defesa e contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável. Esses elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada.

Pode ocorrer, contudo, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, o que pode ser identificada como uma mazela pelos jurisdicionados, que fazem a imediata correlação entre a morosidade e a ineficiência estatal, gerando o conseqüente descrédito na justiça brasileira.

Em atenção ao mandamento da efetividade processual, foi introduzido no art. 5º de nossa Constituição através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/2005, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva.

Na opinião de Barbosa Moreira[24], a idéia de que a justiça brasileira é morosa ou que aqui a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos, é um mito que não se justifica (é bem verdade que a opinião foi exposta há algum tempo, mas quer nos parecer que se aplica também nos dias atuais, sobretudo em razão do forte controle exercido pelo CNJ, como visto acima).

A Constituição norte-americana ao promulgar a 6ª emenda evidencia também, a preocupação com o processamento em tempo hábil. O *speedy trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*, ainda que sua aplicação tenha, tradicionalmente, incidência maior no processo penal.

Por outro lado, os processos cíveis na Itália têm tido duração bem acima do razoável. Na busca por uma maior efetividade na prestação jurisdicional, a Itália tem levado a cabo alterações no ordenamento processual. As modificações, contudo, não surtiram os efeitos pretendidos.

[24] BARBOSA MOREIRA. *A Justiça no Limiar do Novo Século, in* Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1994.

Aduza-se o fato de que, por integrar a Comunidade Européia desde 1957, a Itália submete-se à Convenção Européia, que prevê a razoável duração do processo *(diritto ad um processo equo)* em seu artigo 6º, parágrafo primeiro. Não foram poucas as decisões da Corte Européia no sentido de condenar a Itália pela violação ao direito fundamental, que tanto pode ser pleiteado pelo autor quanto pelo réu[25].

Os constrangimentos provocados pelas sucessivas decisões da Corte fomentaram a reforma constitucional que culminou por alterar o artigo 111 da Constituição italiana, prevendo o *justo processo* a ser regulado pela lei.

Explica Nicolò Trocker[26], ao comentar o referido artigo, que "*justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade"*[27].

O advento da *Legge Pinto*[28] no ordenamento italiano inovou ao prever a reparação do dano causa do pela excessiva duração do processo. Ao reformar o art. 375 do Código de Processo italiano, reconheceu o Estado que a entrega da prestação jurisdicional tardia, por si só, tem o condão de gerar um dano aos demandantes.

Além disso, previu a obrigação do Estado indenizar as partes quando violada a razoável duração do processo desde que aqueles não tenham concorrido para a excessiva duração. Registre-se, por oportuno, que o ordenamento italiano adotou os mesmos critérios da Corte Européia para a mensuração de tal violação.

Compreendemos que a demora na prestação jurisdicional gere a sensação de ser nociva, de submeter os sujeitos do processo, muitas vezes, a desconforto, angústia e lesões de ordem material; por outro lado, sabemos que a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo a fim de garantir que os mecanismos de processamento dos feitos seja realizado de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.

No que tange aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII, do art. 5º, in fine, da CF), tem tido papel relevante o CNJ, por meio da

[25] Para um exame aprofundado de algumas dessas decisões, bem como da evolução do direito italiano, remetemos o leitor a SCHENK, Leonardo. *Breve Relato Histórico das Reformas Processuais na Itália. Um Problema Constante: a lentidão dos processos cíveis*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, 2º volume, 2008, p. 181, disponível em http://www.redp.com.br, acesso em 12 de setembro de 2010.

[26] TROCKER, Nicolò. *Il Nuovo Articolo 111 della Constituizone e il "giusto processo" in materia civili: profili generali, in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2001.

[27] Tradução livre do autor.

[28] A *Legge Pinto* adotou o nome de um dos Senadores autores do projeto de lei. Trata-se da Lei nº 89/01.

instituição das Metas, não obstante, no que se refere à Meta 2, não ter havido o integral cumprimento, nem mesmo pelo STF.

Razoável será o tempo necessário para a cognição da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o *iter* processual até a efetivação do provimento final.

A razoável duração do processo tem como características: a) a universalidade, b) a limitabilidade, c) cumulatividade e d) irrenunciabilidade, e seu conteúdo deve ser harmonizado com o conceito de jurisdição, no intento da efetividade, ao concentrarem-se, seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito submetido ao judiciário.

Dessa forma, será possível viabilizar o Estado Democrático de Direito e dar o tratamento adequado aos novos conflitos da sociedade moderna.

Ainda sobre o que seria o tempo razoável, observamos que são aplicáveis os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre com o objetivo final de se garantir um processo realmente justo.

Devemos ponderar, contudo, que apesar da demora na solução do litígio apresentar seus elementos nocivos, o princípio da celeridade processual deve ser observado com cautela. Não se deve buscar uma celeridade a qualquer custo, sob pena de comprometimento do devido processo legal e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional adequada, justa e eficaz.

Nesse passo, importante distinguir o utilitarismo do instrumentalismo. Buscar uma decisão rápida, por si só, apenas para atender metas matemáticas e estatísticas não significa, nem de longe, garantir o processo justo. Uma decisão rápida demais normalmente não poderá ser tomada sob premissas justas. Isto é utilitarismo processual e deve ser combatido, is que se trata de uma praga dos tempos pós-modernos.

Em outras palavras, tudo tem que ser rápido, muito rápido, a jato, voando ... . O problema é que não se sabe muito bem o motivo da correria e, não raras vezes, certos atos acabam tendo que ser refeitos, eis que declarados nulos (quer por falta de fundamentação, quer por inobservância de forma prescrita em lei) pela instância superior (que, paradoxalmente, é a mesma que cobrava dos juízes que lhe são subordinados a tal pressa!).

O que o Projeto busca é o instrumentalismo. Vamos acelerar o processo ao máximo, desde que a nova velocidade imposta não gere prejuízo às partes, não cause surpresas, não inviabilize o exercício de direitos legítimos e se justifique naquela situação processual específica.

Nessa linha de raciocínio, imprescindível a leitura de Boaventura de Souza Santos[29] e seu diagnóstico preciso dos efeitos colaterais que podem ser nitidamente observados nas Cortes das sociedades contemporâneas.

O artigo 5º do Projeto traz a seguinte redação:

> Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Este dispositivo trata do Princípio da Cooperação, decorrente dos Princípios da Boa Fé e da Lealdade.

Somente num ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias é que se poderá ter o chamado processo justo[30].

Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema, encontramos a postura do juiz e a atitude das partes.

Quanto a essas, não podem apenas provocar a jurisdição de forma despretensiosa, sem compromisso ou irresponsavelmente. Devem buscar de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquele conflito. Devem participar da solução.

Quanto ao juiz, é preciso atentar para evolução de seu papel, ao longo das dimensões assumidas pelo Estado, desde a fase liberal, passando pela social, até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

Num modelo de justiça adequado à contemporaneidade, na visão de François Ost[31], o juiz deve adotar uma postura de intermediação, facilitando a comunicação, o

[29] SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português*. Porto: Ed. Centro de Estudos Sociais, Centro de Estudos Judiciários e Edições Afrontamento. 1996.

[30] COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto) in* Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148.

diálogo entre as partes, que devem se utilizar do processo para interagir e buscar, uma solução justa para o conflito.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não-jurisdicionais de solução das lides[32].

Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um *"procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade*[33]*"*.

Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante[34].

De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera.

Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento.

O direito pós-moderno de Hermes[35] *"é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados"*. O presente modelo é uma dialética

[31] OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/_01360629872570728587891/index.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

[32] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional,* disponível em http://www.humbertodalla.pro.br.

[33] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[34] LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

[35] OST, François. Op. cit.

entre transcendência e imanência. A proposta é de uma *"teoria do direito como circulação de sentido"*, *"um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico"*.

Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A idéia é a de que o direito, como signo lingüístico que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).

Portanto, o direito em um Estado Democrático é líquido e denso ao mesmo tempo. Convém mencionar que o correspondente latino de Hermes (grego) é Mercúrio, representado hoje por um metal de alta densidade que, não obstante, encontra-se no estado líquido. Esta "liquidez jurídica" se dá por meio da eqüidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais.

Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso.

A mediação procedimental, no entanto, não constitui toda a legitimidade do direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais. O que constitui, precisamente, a idéia de um formalismo valorativo que deve abranger ao menos quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade[36].

O juiz possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se num meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfeche da relação processual.

Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto[37].

[36] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.
[37] MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

E, aqui, fica claro que não basta que se garante a participação no momento da elaboração da norma. As partes tem que ter a possibilidade de influenciar, também, a outorga de sentido ao texto[38].

Retornando ao texto do Projeto, importante ressaltar que o art. 66 coloca como deveres de todos os que de alguma forma participem do processo não só expor os fatos em juízo conforme a verdade, como também "proceder com lealdade e boa-fé" (art. 66, inciso II).

Passamos ao exame do art. 6º.

> Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência".

Segundo o entendimento tradicional, o juiz primeiro interpreta e depois aplica a lei.

Lenio Streck[39] desconstrói esse raciocínio. A atividade hermenêutica é muito mais complexa do que se pensa, e as etapas não podem ser simplesmente separadas, como se fossem atividades estanques, ou seja, é incorreto afirmar que quando uma começa a outra necessariamente terá encerrado.

Na verdade, a atividade da interpretação acaba ocorrendo concomitantemente com a aplicação. Contudo, como o objetivo aqui é apenas comentar o texto do Projeto, não vamos nos aprofundar nessa questão.

Interpretar a norma significa determinar seu conteúdo e alcance. A bem da verdade, como lembra Humberto Ávila[40], a norma não é o objeto, mas sim o resultado da interpretação, o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

---

[38] Nas palavras de Marinoni e Mitidiero: *"a possibilidde de as partes influenciarem a reconstrução do sentido normaivo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo. Trata-se de acrescentar à dimensão representativo-legislativa da democracia a sua dimensão participativo-jurisdicional, cuja idéia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório"* (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. op. cit.* p. 19).

[39] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso, 3a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

[40] ÁVILA, Humberto. *Teorias dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Há diversos métodos de interpretação da norma jurídica que também podem ser estendidos à norma processual. Assim, de maneira resumida, podemos classificá-los em:

a) Literal ou gramatical: como o próprio nome já diz, leva em consideração o significado literal das palavras que formam a norma. O intérprete utiliza-se, tão-somente, de sua sintaxe. Em virtude de sua precariedade, consiste mais em pressuposto interpretativo do que em método propriamente dito.

b) Sistemático: a norma é interpretada em conformidade com as demais regras do ordenamento jurídico, que devem compor um sistema lógico e coerente. Um dos aspectos mais importantes desse método reside na relação entre a Constituição e as leis infraconstitucionais. A coerência do sistema estabelece-se a partir da Constituição. Isso significa que a interpretação da lei infraconstitucional está condicionada pela interpretação da Constituição, como veremos a seguir.

c) Histórico: a norma é interpretada em consonância com os seus antecedentes históricos, resgatando as causas que a determinaram.

d) Teleológico: objetiva buscar o fim social da norma, a "*mens legis*", conforme determina o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Diante de duas interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que melhor atenda às necessidades da sociedade.

e) Comparativo: baseia-se na comparação com os ordenamentos estrangeiros, buscando no direito comparado subsídios à interpretação da norma.

Tais métodos, de forma isolada, são insuficientes para permitir a completa e adequada exegese da norma, sendo necessária, portanto, a sua utilização em conjunto.

Conforme o resultado alcançado, a atividade interpretativa pode ser classificada em:

a) declarativa – atribuindo à norma o significado de sua expressão literal;

b) restritiva – limitando a aplicação da lei a um âmbito mais estrito, *quando o legislador disse mais do que pretendia*;

c) extensiva – conferindo-se uma interpretação mais ampla que a obtida pelo seu teor literal, *hipótese em que o legislador expressou menos do que pretendia*;

d) ab-rogante – quando conclui pela inaplicabilidade da norma, em razão de incompatibilidade absoluta com outra regra ou princípio geral do ordenamento.

Além dos métodos de interpretação, não podemos esquecer os chamados meios de integração. Com o advento do Código Francês de Napoleão, em 1804, institui-se a importante regra de que o magistrado não mais poderia se eximir de aplicar o direito, sob o fundamento de lacuna na lei. Tal norma foi seguida pela maioria dos códigos modernos, sendo também positivada em nosso ordenamento.

Dessa forma, o art. 126 do atual CPC preceitua a vedação ao *non liquet,* isto é, proíbe que o juiz alegue lacuna legal como fator de impedimento à prolação da decisão.

Para tanto, há de se valer dos meios legais de colmatagem de lacunas, previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber: a analogia (utiliza-se de regra jurídica prevista para hipótese semelhante), os costumes (que são fontes da lei a partir da observação de um comportamento repetido e socialmente aceito por uma sociedade em determinado tempo e lugar) e os princípios gerais do Direito (princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, e que funcionam como diretrizes gerais aplicáveis aos diversos ramos do direito, normalmente ligados à defesa ou exercício de direitos fundamentais).

Ressalte-se, por fim, que interpretação e integração têm funções comunicantes e complementares, voltadas à revelação do direito. Ambas possuem caráter criador e permitem o contato direto entre as regras de direito e a vida social.

Ocorre que, tendo como premissa o neoconsitucionalismo, tais métodos e resultados, ainda que auxiliados pelos meios de integração, não podem mais ser avaliados independentemente do Texto Constitucional.

Dessa forma, Luis Roberto Barroso[41] afirma que a interpretação constitucional necessita de outros parâmetros, a saber:

1. a superioridade hierárquica (nenhuma norma infraconstitucional pode existir validamente se for incompatível com uma norma constitucional);

2. a natureza aberta da linguagem (ordem pública, igualdade perante a lei, dignidade da pessoa humana, razoabilidade-proporcionalidade, moralidade);

[41] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009. Um extrato das lições pode ser obtido em *paper* disponibilizado em Migalhas: BARROSO, Luis Roberto. *Transformações da Interpretação Constitucional nos Países de Tradição Romano-Germânica*, em http://www.migalhas.com.br, edição de 27 de fevereiro de 2010, a partir de conferência proferida em Poitiers, França. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

3. o conteúdo específico (organização dos Poderes, definição de direitos fundamentais e normas programáticas, estabelecendo princípios ou indicando fins públicos);

4. o caráter político (a constituição é o documento que faz a interface entre a política e o direito, entre o poder constituinte e o poder constituído).

Ainda de acordo com Barroso[42], tais peculiaridades levaram ao desenvolvimento de princípios específicos para a interpretação constitucional, que funcionam como premissas conceituais da interpretação constitucional. Tais princípios são os seguintes:

(i) Princípio da supremacia da Constituição;

(ii) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis;

(iii) Princípio da interpretação conforme a Constituição, o qual é operacionalizado por meio de três grandes mecanismos:

a) Adequação do sentido da norma infraconstitucional à Constituição;

b) Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o que significa a declaração de inconstitucionalidade de um sentido possível da norma, ou mais tecnicamente, de uma norma extraída de determinado enunciado normativo; e

c) Declaração da não-incidência da norma infraconstitucional a determinada situação de fato, sem declaração de inconstitucionalidade.

(iv) Princípio da unidade;

(v) Princípio da razoabilidade-proporcionalidade;

(vi) Princípio da efetividade.

Esses parâmetros hoje devem ser observados por todos os ramos do direito, inclusive o direito processual[43], sob pena de se violar as garantias constitucionais básicas e, com isso, inviabilizar o processo justo[44].

Completando esse raciocínio, no modelo tradicional, ou seja, positivista, o papel do juiz era o de tão somente descobrir e revelar a solução contida na norma; em outras palavras, como ressalta Barroso[45], formulava juízos de fato e não de valor.

---

[42] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, disponivel em http://www.jus.com.br, acesso em 14 de dezembro de 2008.

[43] ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[44] COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani in* Revista de Processo, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 159/176.

Agora, no modelo pós-positivista, o magistrado deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema. Ele se torna, assim, co-participante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Em razão dessa nova postura, como adverte Marinoni,[46] é imprescindível que o juiz fundamente adequadamente suas decisões.

Esta fundamentação deve ser analítica[47], ou seja, o julgador deve expor não apenas o fundamento de sua decisão, mas o que costumamos chamar do fundamento do fundamento, ou seja, as razões que levaram o juiz a fazer aquela interpretação, a optar por aquele caminho, quando tinha outras alternativas. O motivo pelo qual aquela providência lhe pareceu mais apropriada do que as demais, diante do caso concreto.

Voltando ao texto de Barroso[48], a necessidade da adoção de Princípios na atividade hermenêutica se faz necessária justamente em razão dessa "discricionariedade" do intérprete. Isto torna toda a atividade mais complexa, e os fenômenos mais comuns são:

(a) o emprego de cláusulas gerais pelo Constituinte, sob a forma de princípios jurídicos indeterminados, aliado ao fato da força normativa dos próprios princípios, que passam a ser aplicados diretamente ao caso, independentemente de norma infraconstitucional[49].

(b) a colisão de normas constitucionais

(c) a ponderação, entendida como técnica utilizada nos casos em que a subsunção não é suficiente. Será necessária para resolver os chamados "casos difíceis" nas hipóteses que envolvam ou a colisão de normas constitucionais ou quando se verificar um "desacordo moral razoável".

---

[45] BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, artigo disponível em http://www.migalhas.com.br, acesso em 28 de janeiro de 2009.

[46] MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível em http://www.professormarinoni.com.br, acesso em 21 de junho de 2010.

[47] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site http://www.panoptica.org, acesso em 30 de novembro de 2009.

[48] BARROSO, Luis Roberto. *Transformações da Interpretação Constitucional nos Países de Tradição Romano-Germânica*, op. cit.

[49] MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo, in Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

(d) argumentação jurídica: na medida em que a decisão judicial para a envolver uma atividade criadora do Direito, o juiz precisa demonstrar que a solução dada por ele ao caso concreto é a que realiza de maneira mais adequada a vontade constitucional.

Nessa linha de raciocínio, é de se observar que o próprio artigo 6º do Projeto do CPC determina que o magistrado, ao aplicar a lei, observe sempre os Princípios da

(a) dignidade da pessoa humana,

(b) razoabilidade,

(c) legalidade,

(d) impessoalidade,

(e) moralidade,

(f) publicidade; e

(g) eficiência

Parece uma tentativa de positivar princípios que tornem mais clara toda essa complexa atividade do juiz.

Passamos ao exame do sétimo artigo do Projeto.

> Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

O art. 7º consagra o Princípio da Isonomia, que integra o rol de Garantias Fundamentais do Processo.

As Garantias Fundamentais, que Comoglio[50] classifica em estruturais e individuais representam um conjunto que pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Norte-americana, ou processo justo, constante do art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, e, ainda, do artigo 111 da Constituição Italiana.

Corolário do princípio do devido processo legal e pilar da democracia, foi consagrado pelo constituinte de 1988, no art 5º *caput*, ao assegurar a todos a igualdade perante a lei.

[50] COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

Dirige-se ao legislador e ao juiz no que respeita à sua efetividade, tendo sido previsto no plano infraconstitucional no art. 125, I, do vigente CPC.

Do primitivo conceito de igualdade formal e negativa (ou seja, de que a lei não deve estabelecer diferenças entre os indivíduos), clama-se, hoje, pela igualdade material, isto é, por uma Justiça que assegure tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais (na medida de suas diferenças), de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes, conforme a máxima aristotélica, e possibilitar a sua livre e efetiva participação no processo.

Daniel Hertel[51], após tecer considerações sob os planos da isonomia, afirma que o intérprete deve atentar para os critérios da justiça social.

Leonardo Greco[52] torna mais consistente esse conceito de igualdade, ao falar em *"oportunidade concreta igual de sucesso final"*.

Questões que costumam suscitar controvérsias diante do Princípio da Isonomia estão frequentemente relacionadas às prerrogativa de prazo gozada pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público no tocante à realização de certos atos processuais em razão da burocracia estatal (art. 188, CPC).

---

[51] *"o tratamento isonômico não deve redundar necessariamente na idéia de tratamento dos iguais de forma igual. Na verdade, essa noção deve ser vista sob outro prisma - o da sua eficácia. Há necessidade, portanto, de o exegeta interpretar o princípio da isonomia considerando os critérios da justiça social. A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados."* HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>. Acesso em: 02 out. 2010

[52] *"As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo. (...) Em julgado de 1994, a Corte Européia extraiu, como consequência direta do processo justo garantido no artigo 6º da Convenção, o dever do órgão julgador de "proceder ao exame efetivo dos meios, dos argumentos e das proposições de prova apresentados pelas partes, sem prejuízo da prévia apreciação da sua pertinência em relação aos fins da decisão (Van de Hurk v.Países Baixos, julgado em 19/4/94)"*. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. *Artigo disponível no seguinte endereço:* htttp://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm, Acesso em: 02 de maio de 2006.

Agapito Machado[53], em posição crítica, afirma que todos os privilégios da Fazenda foram eliminados diante da redação do art. 5º da Carta.

Para Greco[54], os privilégios se justificam se são, de fato, necessários para garantir a defesa plena do Estado em juízo.

Aliás, a Fazenda tem a seu dispor um verdadeiro arsenal de prerrogativas, como por exemplo, a remessa necessária, o incidente de suspensão de segurança, a intimação pessoal, a utilização de embargos, mesmo quando se trata de execução fundada em título judicial, apenas para citar alguns exemplos.

Voltando ao exame do dispositivo, gostaríamos de chamar a atenção para a parte final do texto, assim expressa ***"competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório."***

Na versão original, antes do Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, em 24 de novembro de 2010, constava, ainda, a seguinte e expressão " (...) competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório, *em casos de hipossuficiência técnica"*.

Esta expressão, durante os debates e as audiências públicas sobre a versão original, suscitou inflamados debates, e acabou por ser extirpada do texto.

Chegamos ao art. 8º.

> Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Numa primeira leitura do dispositivo, é possível aferir dois conceitos fundamentais:

a) solução rápida da lide;

b) dever de colaboração das partes.

A celeridade já estava assegurada no artigo 4º. Com efeito, após a positivação deste princípio no texto constitucional (art. 5º, inc LVIII), o que se deu por força da

[53] MACHADO, Agapito. O princípio da isonomia e os privilégios processuais . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 578, 5 fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6242>. Acesso em: 02 out. 2010

[54] *"Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem ou para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou para eximir o Estado do cumprimento dos seus deveres"*. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo, op. cit.*

Emenda Constitucional nº 45/04, o conceito de devido processo legal na acepção procedimental[55] passou a abranger, além do contraditório e da ampla defesa, também a duração razoável do processo.

Não só isso. Cândido Dinamarco[56], revendo sua consagrada teoria da instrumentalidade do processo, sustenta que a celeridade é um de seus pilares contemporâneos.

O dever de colaboração[57], a seu turno, já havia sido referido no artigo 5º do PCPC, sob o *nomen iuris* de "cooperação".

Esse princípio de cooperação vai funcionar como um formatador dos atos das partes, até mesmo porque o art. 66 do Proejto diz que é dever da parte proceder com lealdade e boa fé.

O dispositivo menciona ainda o dever de se abster de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. Não custa lembrar que o art. 72 do Projeto dispõe que o juiz condenará o vencido nas despesas de qualquer incidente suscitado. É bem verdade que o Projeto reduz bastante o cabimento de incidentes, enxugando o procedimento, simplificando e deformalizando os atos.

Importante mencionar ainda que o art. 111 do Projeto sanciona o ato simulado, ou seja, a hipótese de colusão entre as partes, criando uma tutela específica ao dizer que o juiz *"proferirá sentença que obste aos objetivos das partes"*, cabendo ainda a aplicação da penalidade de litigância de má fé, de ofício.

Passamos ao exame do artigo 9º.

> Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

[55] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Capítulo 3.

[56] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000. Em palestra proferida nas Jornadas do IBDP, em Vitória, em junho de 2010, o professor assim manifestou seu entendimento. Há algumas transcrições desta palestra disponíveis no sítio do I.B.D.P., em www.direitoprocessual.org.br, acesso em 04 de agosto de 2010.

[57] MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo*. Texto publicado no ano de 2007, p. 12, disponível em http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br).

Previsto no art. 5º, inciso LV da Carta de 1988, o referido princípio é tão importante no direito processual a ponto de renomados doutrinadores como Elio Fazzalari[58] e Cândido Rangel Dinamarco[59] afirmarem que "*sem contraditório, não há processo*". Divergem, contudo, os dois doutrinadores supracitados, por que enquanto Cândido Dinamarco entende que processo é todo procedimento em contraditório animado por uma relação jurídica processual, Elio Fazzalari rejeita a teoria do processo como relação jurídica (Bülow), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo.

Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo. Desse modo, permite que as partes, assim como eventuais interessados, participem ativamente da formação do convencimento do juiz, influindo, por conseguinte, no resultado do processo.

Para Aroldo Plínio Gonçalves[60], a essência do contraditório encontra-se na "*simétrica paridade*". Isso significa que se deve conceder a oportunidade de participar do procedimento a todo aquele cuja esfera jurídica possa ser atingida pelo resultado do processo, assegurando-lhe ainda igualdade de condições com os demais interessados.

Assim, o contraditório pode ser conceituado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou não), com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Abrange a garantia de meios previstos em lei para a participação das partes no processo, a serem franqueados pelo juiz; bem como a participação do magistrado na preparação do julgamento, exercendo, ele próprio, o contraditório. Trata-se, portanto, de direito das partes e dever do juiz[61].

Além do mais, tal princípio deve ser visto sob dois enfoques, quais sejam:

a) Jurídico: os fatos alegados e não contestados são tidos como verdadeiros, sendo declarada a revelia do réu.

[58] FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed. CEDAM: Padova, 1996.
[59] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, volume I*. São Paulo: Malheiros, 2001.
[60] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.
[61] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

b) Político: assegura às partes a participação na formação do provimento jurisdicional, ou seja, é a possibilidade que o jurisdicionado possui de influir nas decisões que irão repercutir em sua vida.

Juntamente com o princípio da isonomia, o contraditório constitui importante premissa democrática que com ele se relaciona de modo a garantir um efetivo equilíbrio entre as partes.

Embora a garantia do contraditório esteja relacionada a algumas premissas individualistas, tais como a legitimidade *ad causam*, a eficácia da sentença (restritas às partes que figuraram no processo) e os limites subjetivos da coisa julgada; modernamente, tais restrições vão sendo depuradas do significado individualista.

É o que se verifica a partir da admissão de um processo conduzido por uma entidade idônea e com legitimidade *adequada*, permitindo a produção de seus efeitos sobre pessoas pertencentes a um grupo ou comunidade. Tal é o fundamento da tutela coletiva através do exercício das ações coletivas pelo Ministério Público e outras entidades previstas em lei que atuarão no exclusivo interesse do grupo ou comunidade interessada, garantindo, com isso, a integridade do contraditório.

Para Leonardo Greco[62], o contraditório é conseqüência do princípio político da participação democrática e pressupõe:

> a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes;
> b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material;
> c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa;

[62] GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo, op. cit.*

> d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão;
> e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.

Importante observar que tal princípio terá aplicação específica e de grande importância em pelo menos duas situações reguladas pelo Projeto.

A primeira diz respeito às decisões de inversão do ônus da prova ou de aplicação da carga dinâmica, as quais, em hipótese alguma, devem gerar surpresa[63] para a parte atingida.

A segunda se refere aos provimentos de urgência solicitados, nos quais a efetividade depende exatamente da não comunicação à parte contrária. O juiz, num exame de ponderação de interesses entre o acesso à justiça e o contraditório, vai avaliar, no caso concreto, qual deles deve prestigiar. Em sendo deferida a medida *inaudita altera pars*, ocorrerá o fenômeno do contraditório diferido ou postergado, que só é admitido em casos excepcionais e acompanhados da devida fundamentação analítica, como lembra Marinoni[64].

Examinaremos, a seguir, o art. 10, que revela uma das grandes inovações do Projeto.

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

[63] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, op. cit.*
[64] MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade, op. cit.*

No atual CPC, o art. 128 dispõe que o juiz deve decidir a *ação "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes"*.

Diante da restrição do atual art. 128, que se refere apenas às *questões*, a doutrina clássica invoca aqui o adágio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci[65] entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. Assim, ao juiz seria concedida plena liberdade para aplicar o direito da maneira que entender pertinente, desde que respeitados os limites fáticos aportados no processo.

Fazendo uma excelente resenha do tema, Mario Gelli[66] colaciona diversos autores que tratam do dessa delicada questão.

Nesse contexto, Barbosa Moreira[67] sustenta que a causa de pedir não é integrada pela norma jurídica aplicável à espécie, tampouco pela qualificação jurídica dada pelo autor da demanda ao conjunto de fatos em que apóia sua pretensão.

Ainda no mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque[68] afirma que a alteração da fundamentação jurídica pelo juiz não implica em modificação da causa de pedir.

Ocorre que, com o passar do tempo, parte da doutrina evoluiu para o entendimento de que tal discricionariedade ampla do juiz poderia, em alguma medida, gerar prejuízo para uma das partes.

Passou-se, então, a trabalhar com a idéia de que o princípio do contraditório deveria ser utilizado para limitar esta liberdade do juiz.

Leonardo Greco[69] propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes e também ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de

---

[65] TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 160/161.

[66] GELLI, Mario. *A Vinculação do Juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Leonardo Greco. Não publicada. Biblioteca da UERJ, 2009.

[67] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17

[68] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, in* José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), *Causa de pedir e Pedido no Processo Civil*: *questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

fixar seus limites objetivos e subjetivos. Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo, tem que ser respeitada.

Nesse sentido, o litígio levado a juízo não é o litígio real, *in natura*, mas sim aquele limitado pelos elementos fáticos e jurídicos apresentados pelo autor; ademais, o objeto da jurisdição civil é o pedido e não os fatos

Bem a propósito lembrar, como faz Mario Gelli[70], que esta idéia acabou corporificada na obra de Augusto Jardim[71], na qual sustenta o autor que, em verdade, o *iura novit curia*, permite que o magistrado altere a norma aplicável ao caso, mas isso não significa dizer que o juiz pode alterar, também, o fundamento jurídico que integra a causa de pedir próxima.

Diante desses conceitos, podemos observar que o texto do novo CPC busca uma espécie de consenso.

Em minha visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja:

(1) manter o sistema atual segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável; ou

(2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pela parte, ainda que vislumbre outro, mais adequado, andou muito bem a Comissão ao buscar uma solução intermediária e salomônica.

Pela leitura que faço do dispositivo, embora estejamos ainda em fase embrionária, me parece que o juiz pode invocar fundamento não alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

Nessa hipótese, ou seja, quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento, e de que forma fará ele essa inserção.

Por outro lado, é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.

---

[69] GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.*

[70] GELLI, Mario. *A Vinculação do Juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*, op. cit.

[71] JARDIM, Augusto Tanger, *A Causa de Pedir no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 121

Doutrina e jurisprudência vem caminhando no sentido de que tais matérias, hoje, a partir da interpretação do atual art. 267, § 3º do CPC seriam: condições para o regular exercício do direito de ação, pressupostos processuais e as hipóteses de nulidade absoluta. São, em verdade, os mesmos casos que autorizam a utilização da objeção de pré-executividade, na visão da orientação[72] que prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

Me parece que esta redação prevista no art. 10 do PLS 166/10 está de acordo com os postulados de um processo justo, ou seja, fundado em garantias estruturais e individuais. Numa eventual colisão entre os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório, a solução preconizada exsurge como promissora ferramenta capaz de preservar a efetividade do processo, sem, contudo, lhe retirar o caráter democrático.

O Substitutito apresentado pelo Sen. Valter Pereira, em 24.11.2010 inseriu o parágrafo único no dispositivo, com a seguinte redação: *"O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307"*.

Trata-se do reconhecimento legal das hipóteses excepcionais nais quais existe a necessidade de um provimento de urgência no qual o contraditório deve se dar na forma diferida, sob pena de frustrar o acesso à justiça, examinados os dois princípios numa escala de ponderação de valores.

Chegamos ao art. 11.

> Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.
> Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público.

O art. 11 do Projeto traz dois grandes princípios constitucionais e que são replicados no ordenamento infra-constitucional. São eles a Publicidade e a Fundamentação das Decisões Judiciais.

Falemos, primeiramente, da publicidade.

O atual art. 155 do CPC regula a matéria, fazendo a previsão, em casos excepcionais, do chamado "segredo de justiça". Em regra, a Lei define algumas

[72] Entre tantos, pode ser referido o REsp 419.376-MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/5/2002.

hipóteses básicas, ficando ao prudente arbítrio do juiz, estender essa exceção a outros casos não contemplados especificamente no texto legal, desde que sua decisão seja fundamentada, pois estará restringindo uma garantia constitucional.

A questão da publicidade dos atos processuais parece ganhar novos contornos se examinada sob a perspectiva do processo eletrônico, que, ao que parece, deve ser a tendência dominante em bem pouco tempo.

Aqui, achamos necessário fazer algumas ponderações[73].

Seguindo essa tendência já presente em diversos Tribunais, em 2006, a Lei nº. 11.419 regulamentou a informatização do processo judicial, alterando, inclusive, dispositivos do CPC. Analisando a legislação, a doutrina vislumbrou o fim da morosidade, a economia processual, a transparência, a concretização do princípio da duração razoável do processo e a inclusão digital do Poder Judiciário, gerando maior efetividade da atividade judicante.

Por outro lado, alguns apontamentos negativos acerca da temática já surgiram. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, no ano de 2007, ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu o número 3.880, com pedido de concessão *in limine* da tutela contra a norma supracitada.

Em resumo, o Conselho da Ordem entendeu que o processo digital fere os princípios da proporcionalidade e da publicidade, bem como os preceitos constitucionais acerca do exercício da advocacia, além do artigo 5º, *caput* e incisos XII, LX; do artigo 84, inciso IV e do artigo 133 da Carta.

Em certa medida, somos obrigados a concordar que os processos virtuais podem ferir o princípio constitucional da publicidade, ao limitar o acesso às informações processuais e aos documentos digitalizados somente às partes, seus procuradores e ao *Parquet* (Lei nº. 11.419/06: "*Artigo 11. (...) Parágrafo 6º — Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de Justiça*".)

[73] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DUARTE, Marcia Garcia. *Os Juizados Especiais Cíveis e o e-process. O exame das garantias processuais na esfera virtual*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, 3º volume, disponível em http://www.redp.com.br, 2009, pp. 48/65.

Numa interpretação literal, ao se limitar o acesso do público às provas documentais, seja nos casos de segredo de justiça ou não, haverá violação ao princípio da publicidade, no entender de Petronio Calmon[74].

Por outro lado, o princípio da publicidade estará sendo respeitado, na medida em que confere conhecimento público aos atos praticados pelo Poder Judiciário de maneira mais ampla, uma vez que disponibiliza todas as etapas do processo judicial não só para as partes, mas também para toda a coletividade, como salienta Edilberto Clementino[75].

Talvez uma solução intermediária seja facultar a todos os operadores do direito (aí incluídos advogados públicos e privados, promotores e defensores públicos) a consulta a todos os processos e aos documentos digitalizados, reprise-se, desde que não cobertos por alguma hipótese de segredo de justiça.

Quanto aos jurisdicionados, esses poderiam consultar livremente os processos que figuram como sujeitos ativos ou passivos. Em complemento a isso, nos casos dos indivíduos que tenham interesse, mas que não sejam partes da demanda, deveriam apresentar requerimento que seria submetido ao juízo, acompanhado das respectivas razões, para que seja feito o exame da pertinência, tal como ocorre nos autos físicos quanto à intervenção de terceiros.

Coadunando-se as propostas acima, vemos claramente uma forma proporcional de acomodar os princípios da publicidade e da proteção à intimidade, posto que salvaguarda o primeiro, sem que com isso seja mitigado o segundo. A partir dessa linha de raciocínio, não custa lembrar que, ultimamente, têm sido freqüentes os choques entre esses princípios. Vejamos, por exemplo, as interceptações telefônicas desregradas, a divulgação precipitada de diligências policiais à imprensa, antes que seja formado um juízo mínimo de acusação, e a manipulação de dados sigilosos, culminando com a desarticulação de quadrilhas que roubavam, vendiam e extorquiam pessoas, de posse de seus dados íntimos (extratos de cartões de crédito, contas telefônicas, informações bancárias e outras). Isso sem contar os casos noticiados de acesso não autorizado e eventual manipulação de informações fiscais com finalidade política.

[74] CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 117.
[75] CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 151.

Outro ponto que vislumbramos é o de que devem ser pensadas medidas de segurança quanto ao acesso aos autos virtuais por pessoas estranhas ao processo, caso o texto legislativo que o restringe seja revisto.

Para solucionar isso, pensamos ser possível a criação de um sistema capaz de rastrear e de registrar todas as pessoas que acessaram o histórico de cada processo. No caso de divulgação indevida, fica muito mais fácil descobrir quem foi responsável pela utilização imprópria da informação ou do documento.

Nos processos físicos, os autos são acessados no balcão cartorário. Caso os autos sejam retirados para fotocópia, por exemplo, a identificação e o registro de quem os retira poderá ser feita num Livro próprio. Nesses casos, em ocorrendo a hipótese de uso indevido de informações e documentos, a identificação daqueles que manusearam os autos processuais fica mais fácil.

Por outro lado, na via da justiça virtual, esse acesso pode se dar a partir de provedor situado fora do país ou mesmo utilizando-se uma *lan house*.

Diante dessa hipótese, apontamos que há possíveis soluções para que os acessos sejam controlados e monitorados, resguardando-se com isso os princípios da publicidade, mas também o da intimidade.

Nesse passo, medidas como a certificação digital, a identificação biométrica e o cadastro e rastreamento do I.P. utilizado, são fundamentais para garantir um protocolo mínimo de segurança. Importante, também, que haja um mecanismo mais ágil de comunicação entre provedores de acesso e provedores de conteúdo, a fim de que os dados referentes ao número do I.P. e a identificação do usuário possam ser cruzados o mais rápido possível.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu, que os tribunais devem divulgar na internet, com amplo a acesso à população, os dados básicos de todos os processos em tramitação, incluindo o interior teor das decisões. Segundo o conselheiro Walter Nunes da Silva Júnior[76], além do acesso às informações, a divulgação dos dados é uma forma de a Justiça prestar contas à sociedade.

De acordo com o entendimento, os dados básicos que devem estar disponíveis são: o número, classe e assunto do processo, nome das partes e dos advogados, movimentação processual, e teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos, exceto nos

[76] Sessão realizada no dia 05 de outubro de 2010. A matéria está disciplinada na Resolução nº 121, editada no mesmo dia, disponível no sítio www.cnj.gov.br.

casos que tramitam em sigilo de justiça. A limitação vale também para processos criminais e trabalhistas.

A decisão do CNJ[77] procura conciliar os princípios do amplo acesso à informação e da publicidade, com a preservação da privacidade das pessoas. Por isso, o acesso aos depoimentos gravados e decupados ficarão restritos às partes e aos advogados habilitados nos autos. Entretanto, para não prejudicar o exercício da atividade da advocacia privada, da defensoria e do ministério público, a resolução garante o acesso dessas categorias, desde que os profissionais sejam registrados no sistema de informações do tribunal.

Vejamos agora o Princípio da Fundamentação, hoje previsto na Carta Maior, no art. 93, inciso IX.

A fundamentação está intimamente ligada à atividade cognitiva do juiz. É um dos chamados requisitos da sentença, na forma do art. 458, inciso II do atual CPC.

No Estado Contemporâneo, o dever de fundamentação ganha uma especial relevância, tendo em vista o agigantamento dos poderes dos magistrados, bem como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais.

A partir das técnicas utilizadas na hermenêutica constitucional, torna-se imperativo que o magistrado revele em sua decisão mais do que uma simples adequação da norma ao caso concreto.

Até mesmo porque, essa técnica puramente positivista, hoje não é mais capaz de resolver grande parte dos conflitos.

Se não se pode mais falar em um direito processual alheio à Constituição, me parece que também não pode haver atividade hermenêutica sem levar em conta as técnicas advindas com o neoconstitucionalismo.

Fixadas essas premissas, fica mais fácil compreender a relevância que o dever de fundamentar ganha, enquanto garantia do devido processo legal.

Essa afirmação ganha ainda novas cores, quando nos damos conta de que pode não haver lei específica que discipline a matéria que precisa ser decidida pelo juiz. Nesse sentido, o art. 108 do Projeto assim dispõe: *Art. 108. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide,*

[77] Informação veiculada pela Agencia CNJ, em 05/10/10 e disponível em nosso blog: http://humbertodalla.blogspot.com.

aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

De se elogiar a redação do dispositivo pois coloca em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, a preocupação que o julgador deve ter com os princípios constitucionais. Não resta nenhuma dúvida que é com normas como esta que o Código pretende reivindicar seu lugar como um dos grandes Diplomas da Contemporaneidade, atento à premissa sociológica da pós-modernidade e plenamente inserido na dimensão pós-positivista.

Contudo, a hipótese mais interessante para o estudo do dever de fundamentação está ligada ao momento e às condições que o juiz dispõe para decidir.

Kazuo Watanabe[78] nos apresenta as possíveis classificações para a atividade cognitiva. Fala em cognição horizontal (relativa às matérias apreciadas pelo juiz) e vertical (quanto ao momento da prolação da decisão). No plano vertical, a cognição pode ser superficial, sumária ou exauriente. Cognição superficial se dá nas hipóteses em que o juiz é forçado e decidir quase que instantaneamente. O *periculum in mora* é grande e não há tempo para diligências complementares. Na cognição sumária, o juiz tem um pouco mais de conforto. Não é possível aguardar o momento oportuno para a sentença (após a fase instrutória), mas já há elementos que forneçam a ele um pouco mais de segurança. Na tutela exauriente, a causa já está madura, o juiz teve todo o tempo para formar sua convicção, levando em conta todos os elementos que poderiam ser alcançados.

Embora o dever de fundamentar se aplique a todas as modalidades de cognição, o Projeto parece ter dado atenção especial às formas sumária e superficial, quando é deferida ou negada medida de urgência. Nesse sentido, veja-se o art. 279: *Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

É, a nosso ver, um belo exemplo daquilo a que nos referimos em comentários anteriores: fundamentação analítica.

Numa fundamentação sintética, o juiz diria que concede a tutela de urgência pois estão presentes os pressupostos legais.

[78] WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

Se por um lado os Tribunais Superiores sempre insistiram na tese da necessidade de uma fundamentação mais profunda, por outro lado, muito raramente declaram a nulidade de uma decisão interlocutória mal fundamentada. É corrente o pensamento segundo o qual só haverá nulidade na hipótese de ausência de fundamentação, não valendo essa regra para a "deficiência de fundamentação".

Me parece que esse entendimento será revisto.

Agora o Código disporá de forma expressa que o juiz deve indicar "as razões de seu convencimento" e isso deve se dar de "modo claro e preciso".

É a fundamentação analítica. Não basta que o juiz indique o dispositivo legal que autoriza a concessão da medida. Deve expressar as razões de decidir. O motivo do motivo. Não basta dizer que está presente o *fumus boni iuris*. Tem que identificar naquele caso, dentro daquelas circunstâncias, e por que motivo se convenceu da presença dos requisitos.

É como se o magistrado passasse a ter o dever de externar o processo mental que o levou a decidir daquela maneira.

De se registrar que esta obrigação vale tanto para as decisões positivas quanto para as negativas. Caso contrário, restaria arranhado o devido processo legal. A parte tem direito de saber por que motivo concreto o juiz decidiu daquela maneira. Em que premissa se baseou, qual foi seu raciocínio, que valores o influenciaram. De posse dessas informações, poderá exercer seu direito ao recurso, demonstrando junto ao Tribunal o eventual desacerto da decisão questionada.

Por fim, chegamos ao último dispositivo, que não constava da redação original proposta pela Comissão de Juristas, mas que foi inserido no Substitutito apresentado pelo Sen. Valter Pereira. Assim dispõe o art. 12:

> Art. 12. Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão.
> § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública.
> § 2º Estão excluídos da regra do caput:
> I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

> II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo;
> III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal;
> IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;
> V – as preferências legais.

O dispositivo é autoexplicativo. Como regra, estabelece a chamada ordem cronológica de conclusão, impedindo alterações na ordem de chegada dos autos ao exame do juiz.

Em princípio, pensamos que tal dispositivo seja desnecessário, na medida em que esta é uma das características do procedimento eletrônico.

Por outro lado, prevê hipóteses que não se submete a tal ordem cronológica, quer pela relavância do direito individual, quer pela repercussão coletiva do julgamento.

De se criticar, apenas a redação genérica dada ao inciso V "preferências legais", na medida em que há diversas normas em nosso ordenamento que mencionam as preferências, como é o caso do mandado de segurança, habeas data, habias corpus, processo envolvendo menores, idosos, pessoas portadoras de doenças graves, etc.

Talvez fosse uma boa oportunidade para o legislador definir essas prioridades. Ou, talvez, quem sabe, sistematizar melhor, até mesmo porque, em tese, prioridade é algo único. Se várias situações ou pessoas passam a ter prioridade, a razão de ser do termo passa a ser questionável, assim como a sua inserção no texto do PLS 166/10.

3. Considerações Finais:

Já é hora de encerrar esses comentários.

Buscamos apresentar uma visão geral dos Princípios e Garantias Constitucionais abraçados pelo Projeto do novo CPC por meio do texto positivado nos artigos 1º a 12.

Pelo que foi visto, é possível afirmar que se trata de um verdadeiro Diploma da Contemporaneidade ou da Pós-Modernidade.

O pós-moderno[79] é, por natureza, complexo[80]. Conceitos tem que ser vistos, revistos e amadurecidos.

O Projeto dá esse passo inevitável e há muito esperado, cumprindo seu papel de retirar o processo civil da modernidade.

Assim como já havia ocorrido com o direito civil, agora o direito adjetivo passa a contar com regras que se afinam e se adequam à estrutura constitucional idealizada em 1988, e forjada pelo Pretório Excelso nesses 22 anos.

Há, principalmente, eixos temáticos bem definidos[81]: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Ainda não temos a versão definitiva do Projeto, mas provavelmente essa parte principiológica não será (muito) alterada. Podemos dizer que se trata da espinha dorsal do novo Código.

Um Código que se baseia, a meu ver, em duas grandes premissas. De um lado, a ampla liberdade do juiz de primeiro grau para conduzir o ; de outro, a vinculação deste mesmo juiz a um sistema rígido de precedentes.

Essas duas premissas são (quase) paradoxais!

Deseja-se um juiz ativo, num sistema que visa preservar os direitos fundamentais (garantismo processual) e criam-se, nesse mesmo sistema, diversas camadas de precedentes que, praticamente, impedem o juiz de ousar divergir do entendimento padronizado pelos Tribunais Superiores.

Eis o desafio a que se propôs a notável Comissão, liderada pelo brilhante Luiz Fux.

Não pretendemos, ainda, adiantar conclusões. Pensamos que o tempo é de reflexão, a fim de que a mudança legislativa se faça de forma madura, e nosso processo civil possa, finalmente, encontrar a tão buscada efetividade. Assim seja!

4. Bibliografia:

[79] BAUMAN, Zygmunt (trad. Mauro e Cláudia Gama). O Mal-Estar na Pós-Modernidade, Zahar, Rio de Janeiro, 1997.
[80] MORIN, Edgar (trad. Eliane Lisboa). Introdução ao Pensamento Complexo, 3a edição, Sulina, Porto Alegre, 2005.
[81] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, op. cit. p. 60.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Justiça no Limiar do Novo Século, in* Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O novo processo civil brasileiro,* 25ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, artigo disponível em http://www.migalhas.com.br, acesso em 28 de janeiro de 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na Pós-Modernidade*, Forense Universitária, Rio de janeiro, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site http://www.panoptica.org, acesso em 30 de novembro de 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto) in* Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003.*

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Artigo disponível no seguinte endereço:* htttp://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm, Acesso em: 02 de maio de 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo, in Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível no endereço http://www.marinoni.adv.br, acesso em 05 de agosto de 2010.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo.* Texto publicado no ano de 2007, p. 12, disponível em http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em http://www.humbertodalla.pro.br.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria Geral da Mediação – á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. DUARTE, Marcia Garcia. *Os Juizados Especiais Cíveis e o e-process. O exame das garantias processuais na esfera virtual*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, 3º volume, disponível em http://www.redp.com.br, 2009, pp. 48/65.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, artigo disponível em meio digital no seguinte endereço: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm.

SCHENK, Leonardo. *Breve Relato Histórico das Reformas Processuais na Itália. Um Problema Constante: a lentidão dos processos cíveis*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, 2º volume, 2008, p. 181, disponível em http://www.redp.com.br, acesso em 12 de setembro de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso, 3a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

TROCKER. Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BREVES COMENTÁRIOS AOS PRIMEIROS 51 ARTIGOS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PROJETO DE LEI DO SENADO 166/2.010)

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em março deste ano de 2010, atendendo a convite dos organizadores da audiência pública sobre o anteprojeto de novo Código de Processo Civil que se realizou nas dependências da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, manifestei-me, no curto e rigoroso prazo de dez minutos sobre alguns aspectos que considerava positivos e negativos das diretrizes a serem adotadas pelo referido anteprojeto, e que tinham sido divulgadas pela Comissão de Juristas encarregada de elaborá-lo, concluindo por uma apreciação de conjunto otimista quanto aos rumos da futura reforma. Entreguei naquela ocasião à Mesa dos trabalhos, presidida pelo Ministro Luiz Fux, uma nota escrita com a enumeração dos pontos que considerei positivos e dos que considerei negativos ou que me pareciam, pelo menos, deverem ser objeto de debate mais profundo e cuidadoso.

No mês de junho seguinte foi divulgado o texto do anteprojeto que, por iniciativa da Presidência do Senado, foi transformado no Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. A partir desse momento, como líder do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais", e com a colaboração de todos os que dele participam, alunos do Mestrado, do Doutorado e da Graduação em Direito da UERJ, assim como alguns outros pesquisadores voluntários convidados, passei a examinar artigo por artigo o referido projeto.

O objetivo destes comentários é registrar em apertada síntese a minha primeira impressão sobre os primeiros artigos da referida obra, contribuindo assim para a discussão ampla que vem suscitando na comunidade jurídica brasileira, especialmente

junto aos processualistas e à comunidade judiciária, bem assim para seu eventual aprimoramento ou aperfeiçoamento, de modo que, ao cabo da sua tramitação legislativa, o País seja aquinhoado com um diploma da melhor qualidade.

De início manifesto a minha convicção de que o Projeto constitui uma obra majestosa, que engrandece os membros da Comissão de Juristas que o elaborou, em especial o Ministro e Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Luiz Fux, que em tão curto espaço de tempo (cerca de seis meses) conseguiram formular uma proposta de elevado nível teórico e, ao mesmo tempo, de evidente pragmatismo, procurando sempre dar soluções viáveis para a maioria dos pontos de estrangulamento do nosso ordenamento processual. Num paralelo com o direito francês, em que o Código de Napoleão foi alcunhado de *código dos práticos* e o *Nouveau Code* do último quartel do século XX de *código dos cientistas*, eu diria que o projeto em exame encontrou um razoável ponto de equilíbrio entre as exigências de uns e de outros.

Por outro lado, do ponto de vista ideológico, no debate processual contemporâneo entre publicistas e privatistas, entre autoritarismo e liberalismo, soube o projeto, de um modo geral, fortalecer os poderes do juiz sem comprometer a autonomia da vontade e a liberdade individual das partes.

Do ponto de vista estrutural, sempre haverá críticas a certas escolhas que o projeto fez, como, por exemplo, a de instituir uma parte geral, distinta da disciplina do processo de conhecimento, ou a de trazer para o processo de conhecimento a normatização dos procedimentos especiais ou para a parte geral a da tutela da urgência. São dilemas em que, qualquer que seja a via escolhida, sempre haverá determinados fatores positivos e outros negativos a considerar. Cá tenho eu também a minha opinião sobre tais escolhas, mas acho que, no momento, mais vale debruçar-se sobre os textos desses dispositivos e na sua análise refletir sobre a utilidade de mantê-los ou de sugerir outras escolhas, diversas das que fez a Comissão. Afinal de contas, no processo já se foi o tempo da construção de monumentos de uma suposta perfeição e racionalidade absolutas que, na prática desmoronaram como castelos de cartas, como ocorreu com a tutela da urgência do Livro III do Código de 73, esvaziada pela tutela antecipada introduzida no Livro I, ou com a execução de sentença do Livro II, transferida quase por inteiro para o mesmo Livro I. Essa busca frenética da racionalidade muitas vezes desbordou para discussões estéreis e formalistas, mais preocupadas com os rótulos do

que com as essências ou a críticas injustas que apontavam possíveis erros do legislador, por ter encaixado este ou aquele procedimento em categoria supostamente imprópria.

Também não pretendo dedicar-me à crítica da elegância da redação ou do estilo do projeto ou ao oferecimento de sugestões de aperfeiçoamento redacional inócuas. Se o texto da norma proposta é claro e compreensível não é recomendável emendá-lo. Pretendo formular propostas de redação apenas nos casos em que estas substancialmente possam melhorar a clareza e a compreensão das normas projetadas.

Comecemos, pois.

1. Livro I, Título I, Capítulo I, *Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil* (arts. 1º a 11).

Alguém poderia criticar que o projeto, em apenas 11 artigos, tivesse tratado de modo não exaustivo de alguns princípios e garantias, sem mencionar outros, sem enunciar em toda a devida extensão o seu alcance, bem como não distinguindo entre o que considera princípios e o que considera garantias. Em defesa do projeto responderia que este capítulo inicial tem o escopo de firmar alguns princípios fundamentais de todo o sistema normativo, que a sua enumeração não é excludente, que seria impossível pretender mencionar todos e que ao legislador não cabe realizar distinções teóricas, mesmo porque no direito processual, como instrumento de realização concreta dos direitos dos cidadãos e dos grupos sociais, em geral os seus princípios são também garantias, pois são meios de assegurar a sua efetividade.

No art. 2°, não me agrada a outorga ao legislador da possibilidade de limitar a aplicação do princípio da inércia da jurisdição civil para conferir ao juiz o poder de instaurá-la *ex-officio*. Embora transportado do art.2° do Código de 73, esse é um ranço do positivismo jurídico, que deve ser extirpado. A inércia da jurisdição é um imperativo que decorre do respeito à liberdade humana no Estado Democrático de Direito, no qual a jurisdição somente interfere na vida privada das pessoas quando provocada por algum interessado. As exceções à inércia não podem ser estabelecidas arbitrariamente pelo legislador, mas decorrem do estado de necessidade de prover à tutela jurisdicional de direitos indisponíveis de indivíduos que, por se encontrarem em situação de absolutos

abandono, desproteção e inconsciência dos seus direitos, impõem ao juiz que, em caráter assistencial, desencadeie o exercício da função jurisdicional de tutela dos seus direitos. É o caso, por exemplo, do juiz da infância e da adolescência que, transitando pela rua à noite, encontra um menor dormindo na calçada e que, verificando o seu abandono e não tendo a quem acionar para tirá-lo dessa situação, não pode simplesmente dar de ombros, mas tem o dever de adotar *ex-officio* as medidas necessárias à proteção desse incapaz. Entretanto, tomada a iniciativa indispensável, no momento imediatamente seguinte, deve ele dar-se por impedido, afastando-se do exercício da jurisdição no caso concreto, porque a indispensável imparcialidade do julgador, que caracteriza a jurisdição, estará irremediavelmente comprometida.

Dir-se-á que a limitação da jurisdição *ex-officio* aos casos previstos em lei seria um freio ao arbítrio do juiz, mas, a meu ver, nesse sentido, em face da supremacia da Constituição, seria um freio inteiramente inócuo, que não impediria que este ou aquele juiz adotasse medidas judiciais *ex-officio* sem previsão legal, sob o fundamento da necessidade de assegurar a máxima eficácia dos princípios e valores reconhecidos pela Carta Magna.

Nesse capítulo, considero especialmente convenientes os arts. 4° e 5°, que consagram respectivamente o princípio da celeridade, incluindo na solução integral da lide a atividade satisfativa, e o princípio da cooperação.

Não me parece feliz a redação da parte final do art. 7°, que impõe a paridade de armas, atribuindo ao juiz "velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica". Pelo efetivo contraditório deve sempre velar o juiz, independentemente da conduta dos advogados. Se o dispositivo pretendeu autorizar o juiz a suprir as deficiências dos advogados no exercício da defesa deveria ter sido mais claro e precisar em que medida e em que limites essa função pode ser exercida sem comprometer os princípios da imparcialidade e da iniciativa das partes, pois há inúmeras questões de direito que somente podem ser apreciadas com a iniciativa dos próprios litigantes. Por outro lado, mesmo sem a desídia ou a ignorância do advogado e, portanto, mesmo sem hipossuficiência técnica, deve o juiz suprir a ausência de iniciativa probatória das partes quando lhe parecer possível trazer aos autos algum elemento de convicção não requerido, que venha a esclarecer ponto que se apresenta obscuro em seu entendimento, porque há um abismo de comunicação que impede as partes e os seus advogados de

perceber o que se passa no entendimento do juiz. Esse abismo somente seria superado sem necessidade de suprimento judicial da inércia da parte, se este instaurasse no processo verdadeiro diálogo humano, que lhe permitiria efetuar o que a doutrina alemã denomina de *Hinweispflicht*, o dever de advertência, em que o juiz, sem caráter impositivo, sugere a possibilidade de que alguma outra prova venha a elucidar este ou aquele ponto de fato controvertido, ficando ao arbítrio das próprias partes aceitar ou não a sugestão e requerer a produção da referida prova[1].

Também não aprecio a redação do art. 8°, que gera a falsa impressão de que ao juiz caiba definir as questões de fato e de direito. O pedido, a causa de pedir, as exceções substanciais são questões de direito ou de fato que têm de ser propostas pelas partes. O verbo *identificar* pode ter sido mal empregado, tentando significar apenas que as partes prestarão colaboração para que o juiz compreenda com exatidão o teor das questões de fato e de direito envolvidas na causa, mas, para esse fim, o art. 5° me parece suficiente.

O art. 9° merece alguma reflexão. Em certo sentido é positivo restringir a postergação do contraditório aos casos de urgência, mas nesse caso seria dispensável a parte final (a fim de evitar o perecimento de direito), já incluída nas hipóteses de urgência. Mas não basta a urgência. Se o juiz não formar de plano um juízo positivo sobre o bom direito do requerente, também não deve conceder a tutela jurisdicional sem ouvir a parte contrária. Por outro lado, o enunciado desse artigo entra em choque com os dispositivos do projeto que autorizam a tutela da evidência liminar (art. 285, parágrafo único), a rejeição liminar da demanda (art.317), que não são medidas ditadas pela urgência nem pelo risco de perecimento de direito.

Excelente é o art. 10 que consagra a chamada proibição dos julgamentos de surpresa, em que o juiz invoca fundamento que as partes não tiveram a oportunidade de discutir. Entretanto, o princípio igualmente entra em choque com a rejeição liminar da demanda (art. 317) e, a meu dever, deveria ser aperfeiçoado para incluir, ao lado dos novos fundamentos, quaisquer novas questões, porque não basta impedir a invocação pelo juiz de fundamentos não apreciados de questões debatidas. É preciso estender o contraditório também às questões não apreciadas.

[1] Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, p. 263.

O art. 11 parece limitar-se a reproduzir enunciados extraídos do texto constitucional sobre o princípio da publicidade (Constituição, art. 93, IX). Todavia, a remissão à lei, como fundamento da restrição à presença das partes, me parece insuficiente. O texto constitucional somente a permite quando a privacidade de algum interessado não deva prevalecer sobre o interesse público à informação. Seria conveniente verificar quais são as leis, que não consigo identificar, que estabelecem tal restrição, para verificar se satisfazem à prescrição da Lei Maior, pois a ausência da parte, apesar da presença do seu advogado, priva aquela do direito à autodefesa e deve ser reservada a situações extremas de proteção do núcleo mais intenso da privacidade de certas pessoas[2].

2. Capítulo II, *Das Normas Processuais e da sua Aplicação* (arts. 12 a 14).

Neste capítulo, merece encômios a norma do art. 13, que estabelece a aplicação imediata das novas normas processuais aos feitos em andamento, respeitados os atos já praticados e as situações jurídicas consolidadas na vigência da lei revogada. É conveniente a reafirmação desse princípio, pois, no advento de recentes reformas, como a da execução, vozes autorizadas sustentaram a aplicação das novas normas apenas aos processos iniciados depois do início da sua vigência[3], o que é extremamente desaconselhável por perpetuar a coexistência de dois regimes processuais diversos.

Também me parece salutar o art. 14, que define a subsidiariedade das normas do processo civil em relação aos processos penal, administrativo e trabalhista. Ressalvo apenas, quanto ao processo administrativo, que, não tendo a União competência para dispor sobre o processo administrativo dos Estados e dos Municípios, essa norma somente se aplicará ao processo administrativo federal que, apesar de não ser jurisdicional, cada vez mais se aproxima no respeito às garantias fundamentais do processo do processo judicial, em razão dos princípios constitucionais que atualmente regem a Administração Pública e da disciplina adotada na Lei 9.874/99.

[2] V. sobre a teoria dos três graus de privacidade as minhas *Instituições de Processo Civil*, vol. II, 2010, p. 147 e ss.
[3] V. Athos Gusmão Carneiro, As novas leis de reforma da execução – algumas questões polêmicas, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 52, São Paulo, 2007, pp. 44-62.

3. Capítulo III, *Da jurisdição* (art. 15).

Não se justifica um capítulo composto de apenas um artigo, por sinal, bem menos afirmativo do que o art. 1º do Código de 1.973, que incluiu na jurisdição tanto a contenciosa quanto a voluntária. Se o projeto não quis tomar posição a respeito da jurisdicionalidade da jurisdição voluntária, tendência crescente no processo civil moderno, poderia o capítulo da jurisdição, pelo menos, enunciar os seus mais relevantes princípios informativos, como o da investidura, o da indelegabilidade, o da sua aderência ao território, o da indeclinabilidade e o da unidade.

4. Capítulo IV, *Da Ação* (arts. 16 a 19).

O capítulo corresponde ao do mesmo título, composto dos arts. 3° a 6° do Código de 73. De importante, destaco alguns pontos. O primeiro é a repetição da exigência de que a substituição processual sempre dependa de autorização legal, ou seja, de que a legitimação extraordinária, que permite que alguém venha a ser atingido por uma decisão desfavorável resultante de um processo em que não exerceu diretamente a sua defesa, que foi exercida por um outro sujeito por ele não escolhido, não pode ser estendida além das hipóteses expressamente previstas pelo legislador. A regra, a meu ver, é imperiosa, em face das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, gostaria, coerente com a necessidade de implementação dessas garantias, que o projeto tivesse ido um pouco além, para cuidar dos limites em que a decisão nas causas em que ocorreu a substituição processual deve vincular pela coisa julgada o substituído[4].

Igualmente apropriada me parece a manutenção da possibilidade de ação meramente declaratória, mesmo que já tenha ocorrido a violação do direito (art. 18, parágrafo único). Ninguém pode obrigar o autor a pleitear o que ele não quer. A simples pretensão declaratória deve ser considerada absolutamente legítima, mesmo que o autor pudesse desde logo formular pretensão com eficácia mais ampla. Entretanto,

[4] V. item 14.9.2.4. do volume II das minhas *Instituições de Processo Civil*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010.

recentemente no Brasil, com o advento da reforma da execução empreendida pela Lei 11.232/2.005, a questão veio à tona em razão da nova definição da sentença como título executivo judicial, adotada pelo novo art. 475-N, I, do CPC de 73 ("A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação") e reproduzida no art.492, I, do projeto. A meu ver os dispositivos constantes dos arts. 18, parágrafo único, e 492, I, do projeto, como os que lhes correspondem no Código de 73, são inconciliáveis. Ou se entende que a sentença que é título executivo judicial é aquela que, além de reconhecer a existência de obrigação, impõe ao réu uma prestação consistente em dar, fazer ou não fazer, e que somente pode ter resultado de um pedido condenatório, e não meramente declaratório, ou então, como em outros sistemas processuais, e, ao contrário do enunciado explícito do parágrafo único do art. 18, se estabelece que, tendo havido lesão ao direito, a pretensão de reconhecimento da existência da obrigação inclui necessariamente a de seu cumprimento.

O art. 19 inova substancialmente, dispensando o requerimento da parte para que o exame, como fundamento do pedido, da questão prejudicial, adquira a imutabilidade da coisa julgada, o que está enfaticamente reiterado no art. 484. Renasce questão muito antiga, retornando o projeto, seguramente com mais precisão técnica, à orientação, consagrada no Código de 39 (art.287, parágrafo único), de determinar a extensão da coisa julgada a determinados motivos da decisão. Tenho de reconhecer que essa extensão da coisa julgada além do dispositivo é adotada em outros países, como os Estados Unidos, sendo aí considerada um imperativo da boa fé das partes, com o intuito benéfico de que a sentença resolva definitivamente o litígio como um todo e não apenas o ponto ou questão que corresponde ao pedido[5]. Por outro lado, parece necessário observar que nesses sistemas, a noção de objeto litigioso não está tão intrinsecamente associada à tríplice identidade, como no nosso sistema (v.art. 301, § 2°, do CPC de 73; art. 338, § 2°, do projeto). Ademais, essa extensão dificulta enormemente a atuação dos advogados. Diferentemente do juiz e dos tribunais que, pela sua própria isenção (*terzietà*), se encontram em posição bastante propícia para analisarem a causa como um todo, em todos os seus aspectos, os advogados, no seu mister persuasivo, definem as suas estratégias em função dos argumentos que lhes parecem mais eficazes a obter um resultado favorável e, muitas vezes, deliberadamente ou não, deixam de lado outros

[5] V. Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, Civil Procedure, 4ª ed., Thomson-West, Saint Paul, 2005, pp. 653 e ss.

argumentos ou o debate de outras questões que podem ser importantes do ponto de vista lógico, mas às quais deram menor atenção. A solução do Código de 73, nesse aspecto, deu bastante segurança às partes e aos seus advogados. O que não foi pedido por qualquer delas, ainda que apreciado incidentalmente, não vai adquirir a imutabilidade da coisa julgada. Imaginemos uma ação de cobrança de indenização decorrente de um sinistro proposta pelo suposto segurado contra a seguradora, em que é questão prejudicial a existência e validade do contrato de seguro. Entendendo, com base em hipotética súmula de um tribunal superior, que a ação está prescrita, a seguradora não se preocupa em demonstrar exaustivamente vícios no contrato de seguro, porque está tranqüila de que a defesa mais eficaz será a alegação da prescrição. Decretada a prescrição e apelando o autor, vem o recurso a ser provido é julgado procedente o pedido, uma vez que o tribunal de 2° grau, tendo em vista a recente revogação da anterior súmula, veio a entender que o prazo prescricional ainda não havia se esgotado. No futuro, em outra ação do mesmo segurado, pleiteando cobertura para outro sinistro, estarão acobertadas pela coisa julgada a existência e a validade do contrato de seguro, sem que essa matéria tenha sido exaustivamente discutida e comprovada no processo anterior.

Se o intuito do projeto é evitar a renovação de controvérsias sobre questões anteriormente examinadas e, assim, evitar a multiplicação de processos desnecessários, parece que esse objetivo de simplificação e de conseqüente agilização da administração da Justiça poderá vir a ser frustrado, porque obrigará as partes a discutirem exaustivamente tudo aquilo que, embora tendo pouca importância prática na causa em julgamento, possa vir a tornar-se imutável em causas futuras, muitas ainda imprevisíveis, quiçá improváveis, mas possíveis. O advogado zeloso, em lugar de poder contribuir para a celeridade da justiça, não ocupando o seu tempo com questões de pouca ou nenhuma utilidade imediata, terá de resguardar-se de eventual responsabilidade futura, ainda que exigindo a prática de atos dos quais acabará por não resultar nenhuma conseqüência.

5. Título II, Capítulo I, *Dos Limites da Jurisdição Nacional* (arts. 20 a 24).

Este capítulo do projeto, que na verdade cuida da competência internacional da justiça brasileira e não exclusivamente dos limites da jurisdição nacional, é bem superior ao que lhe corresponde no Código de 73 (arts. 88 a 90). Favorece a propositura no Brasil de ações de alimentos e de ações de interesse de consumidores (art. 21), relativiza a proibição de litispendência internacional, já que em alguns tratados, como os do Mercosul, ela tem sido admitida (art.23), exclui a competência da justiça brasileira nos casos de eleição de foro exclusivo estrangeiro, argüido pelo réu na contestação (art.24). Sugiro, apenas, o aprimoramento da redação do inciso III do art. 21, que inclui na competência da justiça brasileira as causas "em que as partes, *expressa ou tacitamente*, se submeterem à jurisdição nacional", porque não cabe tratar indistintamente as hipóteses de submissão expressa e as de submissão tácita, pois o Brasil possui acordos de submissão expressa com alguns países, como ocorre no Protocolo de Buenos Aires do Mercosul, e é signatário do Código de Bustamante, que admite a submissão tácita. Nos casos em que é exigida a submissão expressa, não basta a ausência de oferecimento de exceção de incompetência ou a sua argüição em preliminar da contestação, como agora estabelece o projeto (arts. 49 e 338, I), para estabelecer a competência da justiça brasileira. A redação proposta pode levar à má interpretação de que nos casos em que o tratado exige submissão expressa a competência da justiça nacional estaria firmada com a simples ausência de argüição oportuna da incompetência.

6. Capítulo II, *Da Cooperação Internacional* (arts. 25 e 26).

Os dois artigos deste capítulo estabelecem as espécies de meios para que uma autoridade estrangeira requisite a cooperação de autoridade judiciária brasileira na obtenção de provas: a carta rogatória (art.25) e o auxílio direto (art. 26).

A primeira, mais solene, pressupõe que a cooperação do juiz nacional seja autorizada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio do *exequatur*, conforme exigência do artigo 105, I, *i*, da Constituição, enquanto a segunda independe dessa formalidade. O Ministério da Justiça vem elaborando um anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional que pretende introduzir formalmente no Direito brasileiro um instituto, menos formal do que a rogatória, porque independente de

exequatur, que é o auxílio direto, para a prática no Brasil de atos considerados "não jurisdicionais", requisitados por autoridade judiciária ou administrativa estrangeira. Noticia-se que esse veículo já vem sendo utilizado, especialmente em matéria criminal, embora haja julgados do próprio Supremo Tribunal Federal que o desaconselham[6].

A redação dos arts. 25 e 26 do projeto não é clara quanto ao uso de um ou outro instrumento, pois, em ambos os casos se refere a ato de produção de prova, distinguindo-os pela existência ou não de "decisão de autoridade estrangeira".

Como ainda não temos uma lei que discipline o auxílio direto, a referência no art. 26 ao seu "procedimento" cairá no vazio. Por outro lado, se na disciplina específica dos atos de cooperação interjurisdicional (arts.193, 194 e 216 a 227) o projeto somente se refere às rogatórias e não ao auxílio direto, é lícito concluir que o auxílio direto deva aplicar-se apenas aos casos em que a autoridade estrangeira não seja judicial (v.art. 194, II), mas administrativa, sendo essa a distinção substancial entre um e outro instituto e não o fato de haver ou não decisão de autoridade, pois em qualquer caso haverá uma decisão ou uma requisição de uma autoridade estrangeira judicial ou não. Se se pretendeu no projeto que as requisições de produção de provas no Brasil por autoridades judiciárias estrangeiras ficassem dispensadas do *exequatur* pela introdução do instituto do auxílio direto, seria o caso de dizê-lo expressamente. Minha opinião pessoal é a de que deveríamos eliminar da Constituição a necessidade de homologação de sentença estrangeira e de *exequatur* de cartas rogatórias pelo STJ, porque já não mais existem receios de que os juízes inferiores possam comprometer a soberania nacional com a delibação cumprida no próprio órgão ao qual caiba atender à requisição do juiz estrangeiro. Mas enquanto isso não ocorrer, será difícil dispensar do procedimento da rogatória a prática de quaisquer atos, decisórios ou não.

7. Título III, Capítulo I, *Da Competência* (arts. 27 a 38).

O art. 27 corretamente dispõe que os órgãos jurisdicionais processam e decidem as causas nos limites da sua competência, ressalvando a faculdade das partes de instituírem juízo arbitral. A redação pode sugerir que o diploma projetado não atribua à arbitragem natureza jurisdicional, o que mereceria a crítica dos que a defendem. Acho

[6] V. STF, Habeas Corpus 85.588/RJ, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 4/4/2006.

que a crítica seria injusta, porque não me parece que a ressalva implique em definir a natureza da arbitragem. O texto me parece rigorosamente neutro, pois a liberdade das partes na instituição de juízo arbitral não pressupõe que este não seja jurisdicional, existindo em qualquer caso, independentemente da natureza que se atribua à arbitragem. Tanto mais válida é a ressalva porque a lei processual não estabelece qual seja o tribunal arbitral competente, o que cabe às próprias partes definir no âmbito da convenção e do compromisso arbitral e desde que observados os regramentos da lei própria.

O *caput* do art. 28 reproduz o enunciado do art. 87 do atual Código relativo à perpetuação da competência. Compreendido modernamente que esse instituto é um dos instrumentos implementadores da garantia do juiz natural, poderia receber redação mais aprimorada, tendo em vista que a supressão do órgão judiciário ou a alteração da competência absoluta, mesmo quando determinadas por lei, devem revestir-se da necessária impessoalidade para não servirem de instrumento condenável de escolha arbitrária de um determinado julgador ou de fuga de um julgador indesejado para uma ou algumas causas determinadas.

O parágrafo único do art.28 admite a concessão de medidas urgentes por juízo incompetente, para evitar perecimento de direito. Esse dispositivo, que se harmoniza com o § 3º do art. 49, abandonando a regra da nulidade absoluta de todos os atos decisórios na incompetência absoluta, adota a chamada *translatio judicii*, por mim defendida em estudo recente[7]. Sou, pois, favorável ao dispositivo. Entretanto, considero que a sua redação deva ser aprimorada, pois, tal como redigido, pode ensejar o entendimento de que a urgência torne competente o juízo incompetente, o que já foi sustentado por reputada doutrina[8], e permitiria que o requerente da medida de urgência escolhesse o juízo que lhe parecesse mais favorável, sem correr o risco da nulidade da decisão que este viesse a proferir. A boa fé do postulante é pressuposto indispensável da preservação dos efeitos da medida de urgência concedida por juízo incompetente. Por isso, ali sustentei que, na incompetência absoluta, todas as decisões sobre questões processuais, sobre matéria probatória, assim como as decisões provisórias sobre o direito material devam ser preservadas, "salvo se a incompetência atingir o próprio procedimento, se os atos já praticados não puderem ser aproveitados no procedimento

[7] *A translatio iudicii e a reassunção do processo,* in *Revista de Processo,* ano 33, n° 166, dezembro de 2008, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.9-26.
[8] V. Ovídio A. Baptista da Silva, *Do processo cautelar,* 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008, p.155.

adequado, por serem com ele incompatíveis, e se o autor tiver proposto de má fé a demanda no juízo incompetente ou este, ciente do vício, ainda assim tiver exercido jurisdição"[9].

Na competência em razão do valor e da matéria (Seção II, art. 29), o projeto se limita a reproduzir o teor do atual art. 91, não reiterando o do atual art. 92, que implicitamente admitia o exercício da função jurisdicional por juízes leigos ou temporários, o que, pela Constituição de 1988 ficou restrito às hipóteses e matérias nela previstas, como os jurados do Tribunal do Júri, os juízes leigos dos juizados especiais, os juízes de paz e os juízes temporários dos tribunais eleitorais.

A epígrafe da Seção III (arts. 30 e 31), *competência funcional*, extraída do Código atual (art. 93), não é a ideal. Essa expressão tem sentido equívoco (competência recursal ou hierárquica, competência por fases do processo, competência territorial absoluta), mas em todos esses artigos, ela é utilizada como sinônima de competência absoluta, de que também trata a Seção anterior, sob a epígrafe *Da competência em razão do valor e da matéria.* Observe-se, entretanto que, enquanto o art. 29, quanto à competência em razão do valor e da matéria, admite que sejam objeto de normas do Código de Processo, ou seja, de normas processuais, sem prejuízo da sua regência pelas normas de organização judiciária, o art. 30 remete a regência da chamada *competência funcional* às normas constitucionais e de organização judiciária, sem prever qualquer espaço para a sua disciplina pelo legislador processual, mas no parágrafo único, atribui expressamente ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial o julgamento do incidente de demandas repetitivas. Por outro lado, no art. 865 estabelece regra de afetação do julgamento a colegiado mais qualificado (atual art. 555), que não encontra suporte nas Constituições, nem possivelmente nas normas de organização judiciária. Enfim, o que intento mostrar é que a suposta diferença de tratamento dada às diversas espécies de competência absoluta é inteiramente inútil, como inútil também é a tentativa de rotular algumas delas de *competência funcional*.

Nessa mesma seção o projeto dispõe (art. 31) sobre a força atrativa da intervenção da União, suas autarquias, empresas públicas e fundações públicas, nos processos em que intervierem, deslocando a sua competência para a Justiça Federal, reproduzindo, assim, o prescrito no art. 109, I, da Constituição Federal. Entretanto,

[9] Ob. cit., p. 26.

exorbitando do texto constitucional, exclui da competência da Justiça Federal outros "casos previstos em lei" que confesso ignorar quais sejam. A Lei Maior, no dispositivo mencionado, ressalva da competência da Justiça Federal as causas de falência, acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho. O art. 31 do projeto menciona ademais os processos de insolvência que, na verdade, disciplinam a falência dos que não são empresários. E inclui na ressalva também outros casos previstos em lei. Não cabe à lei ampliar a ressalva a outros casos, exceto por expressa autorização constitucional, como ocorre com os feitos da competência da justiça federal que correm nas comarcas do interior da justiça estadual por expressa autorização dos §§ 2º e 3º do art. 109 da Lei Maior.

Nas normas sobre competência territorial (arts. 32 a 38) há preponderante reprodução das que lhes correspondem no Código atual (arts. 94 a 100). Pode parecer curioso que o projeto mantenha a competência territorial absoluta do foro da situação do imóvel para a ação de nunciação de obra nova (art. 33, parágrafo único), se esse procedimento especial deixou de ser regulado no projeto. Entretanto, o direito a embargar obra continua a existir no direito material, seja em conseqüência de abusos no exercício do direito de construir que ofendem a direitos subjetivos de vizinhos ou condôminos, seja por contrariedade a normas edilícias e posturas municipais.

Entre os foros especiais, o projeto substitui o da residência da mulher para a separação, a conversão em divórcio e a anulação de casamento (artigo 100, I, do Código de 73), pelo foro "do último domicílio do casal" (art. 38, I, do projeto). Nesse ponto, parece que o projeto teria atendido a críticas de que a igualdade entre homens e mulheres não permitiria que se mantivesse o privilégio hoje conferido a estas últimas. Não sou favorável à inovação. As normas de competência territorial são estabelecidas para compensar desvantagem presumida que a parte por elas beneficiada tenha no acesso à justiça ou no exercício do seu direito de defesa. Desconhecer que na sociedade brasileira, ainda hoje, o cônjuge-mulher preponderantemente é a parte maias fraca no casamento e a parte que tem mais dificuldade de acesso à justiça e ao exercício do seu direito de defesa, é pretender igualar os desiguais. O foro do último domicílio conjugal não é necessariamente aquele em que a mulher desfruta das melhores condições para litigar em face do marido, que quase sempre se apresenta como a parte mais forte.

Alguém poderia argumentar que muitas vezes a parte mais fraca pode ser o

marido e que, nesse caso, a norma do atual art. 100, I, pode colocá-lo em posição de franca desvantagem. Aqui identifico uma questão sobre a qual teria sido conveniente que o projeto tivesse se pronunciado. Como disse, as regras de competência territorial relativa se baseiam em presunções humanas de que uma das partes provavelmente se encontra em posição de desvantagem no exercício da sua defesa e, em benefício da paridade de armas, deve ter a possibilidade de trazer a causa para o foro que lhe seja mais acessível. É o que normalmente ocorre com o réu, que, pego de surpresa pela citação, tem de procurar advogado, preparar e exercitar a sua defesa em prazo curto e em momento que não teve a possibilidade de escolher, enquanto o autor teve todo o lapso prescricional para preparar e ajuizar a demanda, escolhendo o momento que lhe parece mais oportuno. Mas essa é uma presunção humana, decorrente da observação daquilo que comumente acontece. Entretanto, a realidade pode ser exatamente contrária. O autor pode ser a parte mais fraca e, no entanto, salvo em determinadas causas em que a regra especial de foro o beneficia, terá ele de perseguir o réu no seu domicílio. As regras do Código atual e do projeto são boas, mas falta ao sistema uma válvula de escape, uma norma de flexibilização, que permita ao juiz decidir a competência de foro em sentido diverso do legalmente prescrito, se reconhecer que a realidade desmente a presunção legal e que a parte mais fraca, cuja inferioridade exige compensação, é exatamente aquela que não tem em seu favor a regra de competência de foro. Foi essa a razão que levou a jurisprudência a repudiar o foro de eleição nos contratos de adesão, permitindo ao juiz de ofício reconhecer a nulidade da cláusula contratual respectiva, o que afinal foi legalmente autorizado pela Lei 11.280/2006, com as alterações introduzidas nos artigos 112 e 114 do atual Código, cujo teor não foi reproduzido no projeto. Em benefício da paridade de armas, o juiz deveria ter idêntica faculdade em todas as hipóteses de competência territorial relativa. Essa flexibilização também resolveria, em qualquer caso, mesmo que mantida a redação proposta pelo projeto para o inciso I do art. 38, aquelas situações em que o cônjuge ficasse excessivamente onerado no exercício da sua defesa pela necessidade de deslocar-se para o foro do último domicílio conjugal em razão, por exemplo, da assistência que deva prestar a filhos menores sob a sua guarda, de grave enfermidade ou deficiência física.

Outro aperfeiçoamento que eu introduziria na disciplina da competência territorial seria o escalonamento dos foros especiais que devem ser considerados

prioritários, quando concorrerem duas ou mais regras diversas. Tive oportunidade de comentar essa questão alhures[10], a respeito da competência na execução de título extrajudicial, e retomo agora a questão. Na concorrência de mais de uma dessas regras, deve observar-se, em primeiro lugar, que as normas dos artigos 32 e 38, III, a, b e c, do projeto, são regras gerais de competência de foro. Sobre elas, prevalecem as demais, que são regras especiais. Entre as especiais, em primeiro lugar, prevalece sobre todas a do parágrafo único do art. 33, foro da situação do imóvel nas ações sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação e nunciação de obra nova, em que essa competência é absoluta. Em seguida, como prioridade, deve prevalecer o foro de eleição (art.48). Na escala descendente prevalecem sobre as demais as regras de proteção especial de certas pessoas para compensar a desvantagem em que se encontram em razão da sua inferioridade jurídica, social ou econômica: o ausente (art.35), o incapaz (art.36), o alimentando (art. 38, II), a mulher (art.38, I) e os sucessores do falecido (art.34). Na ordem decrescente de preferências, viriam na seqüência as regras de proteção da prova dos fatos do art.38, inciso IV, e a do respectivo parágrafo único, sendo que esta última é especial e, portanto, preferente, em relação à primeira; abaixo delas, o foro das demais ações reais imobiliárias (art.33) e o do cumprimento da obrigação (art.38, III, d). Na concorrência de duas regras do mesmo grau de preferência, poderia o autor optar por qualquer dos foros delas decorrentes, salvo se tornar excessivamente difícil o exercício da defesa do réu ou de algum dos réus.

A imposição ao réu de um foro que lhe torna a defesa excessivamente difícil também deveria ser levada em conta no litisconsórcio passivo, em face da regra do projeto inscrita no § 4º do art. 32, correspondente ao atual § 4º do art. 94. A solução poderia ser análoga à prevista no parágrafo único do art.101 do projeto, correspondente ao parágrafo único do art. 46 do Código atual: recusabilidade do litisconsórcio passivo, salvo se necessário, pelo co-réu demandado fora do seu domicílio, se houver comprovado prejuízo à sua defesa.

8. Capítulo I, Seção V, *Das modificações da competência* (arts. 39 a 48).

[10] *O Processo de Execução*, vol. I, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp. 392-393.

Nesta seção sobressai o tratamento dado aos institutos da conexão e da continência. O conceito de conexão adotado pelo projeto no art. 40 é bem mais elástico do que o atual, pois identifica o instituto não por algum particular elemento essencial (identidade de pedido ou causa de pedir), mas pelo efeito, a saber, o risco de decisões contraditórias que pode ser gerado pela decisão em separado de duas ou mais ações. Atende o projeto à crítica de que o conceito do atual art. 103 é excessivamente restrito, estendendo-o a hipóteses de ações ou direitos que se originam de um ou mais fatos comuns, assim como de ações em que o ponto comum é uma questão de direito alegada como defesa em uma ação e como fundamento em outra, como ocorre na atual reconvenção, transformada pelo projeto em pedido contraposto (art.337).

Da conjugação dos arts. 39, 40 e 43, parece lícito concluir que a conexão, pelo risco de decisões contraditórias, possibilita a reunião das ações conexas no mesmo processo para nele serem decididas simultaneamente. Entretanto, dois problemas daí decorrem: o primeiro é a aplicação da conexão à execução de título extrajudicial e à ação anulatória do mesmo débito, expressamente prevista no parágrafo único do art. 40; o segundo é a aplicação da conexão à distribuição por dependência regulada no art. 249 do projeto, que reproduz a redação do atual art. 253, oriunda das Leis 10.358/2001 e 11.280/2006.

Quanto ao primeiro problema, tem-se entendido que a conexão não se destina a reunir as ações conexas para julgamento simultâneo, nem isso seria possível, porque a execução não visa a uma sentença. Por outro lado, os procedimentos são diferentes, o que de qualquer modo impediria a cumulação de ações no mesmo processo, a teor do art. 292 do Código atual, reproduzido no art. 312 do projeto. Na verdade, se a ação anulatória é anterior ao ajuizamento da execução, poderia ser esta suspensa pela prejudicialidade daquela, o que tem sido admitido em sede pretoriana, mas não se compatibiliza com o disposto no atual § 1° do art. 585, reproduzido no § 1° do art. 710 do projeto, segundo o qual "a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução". O que se extrai daí em relação ao conceito e à função da conexão, sem prejuízo da solução do problema em si, que a meu ver deveria ser objeto de disposição expressa do novo Código, é que a conexão moldada nos artigos referidos do projeto não é adequada para a concorrência da jurisdição de conhecimento e da jurisdição de execução, embora disciplinada no

Livro I do projeto que constitui a Parte Geral do Código, onde deveriam estar regras comuns aos processos das duas jurisdições.

Quanto ao segundo problema, verdadeiro tormento dos advogados que militam na Justiça Federal, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, porque pela simples identidade de CPFs e CNPJs, o novo processo é inicialmente distribuído a um juízo supostamente prevento por alguma das circunstâncias previstas no atual art. 253, mesmo que o anterior já esteja findo ou já tenha sido julgado, e aí começa uma busca interminável de informações, algumas de difícil acesso junto a todas as varas em que algum dia tramitaram processos entre as mesmas partes para confirmar a ocorrência da prevenção, retardando a citação e, muitas vezes, a apreciação de uma liminar, chegou a hora, numa nova codificação, de pôr ordem na casa. Afinal, a que visa o dispositivo em comento, senão a impedir a chicana da escolha de um novo juízo mais favorável pela parte que já teve o seu pleito rejeitado e que o mascara de pleito diverso ou desiste do primeiro para renová-lo com parcial alteração dos nomes das partes. Entretanto, nesse caso, a finalidade não é a de reunir a causa posterior no mesmo processo com a anterior, o que, aliás, em grande número de casos, é absolutamente impossível, conforme reconhece o próprio legislador ao determinar a distribuição por dependência até no caso de processo anterior extinto. Assim, o risco de decisões contraditórias não resulta do eventual julgamento em separado dessas ações, o que em geral será inevitável, mas do julgamento por juízos diversos, o que, convenhamos, é um exagero do legislador, pois esse risco pode ser facilmente equacionado, sem necessária distribuição por dependência e sem paralisação da continuidade do novo processo, com evidente e grave prejuízo ao acesso à justiça do autor, bastando que o registro de distribuição informe nos autos a existência de processos anteriores entre as mesmas partes e que se explicite, na disciplina da litigância de má fé, que constitui ato ilícito, sujeito a multa aplicável pelo juiz da causa, a repropositura de demanda idêntica ou análoga a outra anterior, em que tenha sido denegada tutela de urgência, sem, concorrentemente, informar a sua existência e com o evidente intuito de obter provimento que de qualquer modo possa ser incompatível com o anterior. Nesse sentido, poderia ser incluído, no art. 66, entre os deveres das partes e dos seus procuradores, o de informar na petição inicial de qualquer ação a relação das ações anteriormente propostas em face do mesmo réu, com a explicitação do pedido nelas formulado.

Outro aspecto desse esdrúxulo dispositivo é a forma imperativa nele adotada ("Distribuir-se-ão por dependência", no art. 253 do Código de 73: "serão distribuídas por dependência", no art. 249 do projeto) a indicar o seu caráter imperativo, incompatível com a facultatividade da reunião de ações conexas, prevista no art. 105 do Código atual e no art. 39 do projeto. Qual seria a conseqüência da inobservância da distribuição por dependência? Nulidade? A meu ver, não. Se o vínculo entre a ação anterior e a nova é a mera conexão e esta tem a finalidade de reunir as ações no mesmo processo, desde que isso seja proveitoso para evitar decisões contraditórias, em qualquer caso, mesmo naqueles em que a distribuição se efetuou por dependência, a livre distribuição inicial ou posterior será o resultado de um juízo discricionário, não acarretando qualquer nulidade. Aliás, a livre distribuição deve ser a regra geral, para assegurar a impessoalidade na definição do juízo competente, e a distribuição por dependência a exceção. Considero, sob esse aspecto, que a previsão do legislador de vinculação da distribuição nos casos de feito anterior extinto, viola essa impessoalidade e a própria imparcialidade do juiz, merecendo censura à luz da garantia constitucional do devido processo legal.

Quanto à continência, é noção hoje assente que ela não constitui um instituto processual autônomo, pois em parte ela é litispendência e em parte ela é conexão. Se o processo anterior é o de pedido mais amplo, o subseqüente deve ser extinto pela litispendência, o que está expresso no art.42 do projeto. Entretanto, em sua parte final, esse dispositivo estabelece que na hipótese inversa, ou seja, se o processo anterior for o de pedido menos extenso, "as ações serão necessariamente reunidas". Ora, se no novo processo, há litispendência parcial, nesta parte o novo processo deve ser extinto. E na parte em que o segundo processo é mais amplo, com a mesma causa de pedir, há apenas conexão, devendo ser por essa razão facultativa a reunião de ações no mesmo processo, nos termos do art. 39.

Ainda nessa seção, é positiva a nova disposição do art.44, que retira dos efeitos da citação a prevenção, determinando em qualquer caso que esse efeito resulte do despacho que ordenar a citação. No código atual, há disposições diversas e pouco claras sobre a matéria, conforme se verifica dos seus artigos 219 e 106.

Também merece um comentário a regra do art. 46 (idêntico ao art.108 do Código atual), segundo a qual a ação acessória será proposta no juízo competente para a

ação principal, que, em grande parte, vai atingir a tutela da urgência, na qual o princípio é repetido (art. 280). Se a efetividade do processo é uma das metas do projeto, procede a crítica de Ovídio Baptista da Silva aos dispositivos correspondentes do Código atual, segundo o qual, nas medidas de urgência antecedentes, o legislador se preocupou mais com o processo principal "do que com a funcionalidade e eficiência do processo cautelar", pois o legislador deveria permitir, ao menos alternativamente, que a medida de urgência fosse proposta no lugar onde deva ser executada, onde deva ser abortado o perigo de dano ou onde se situarem os bens a serem por ela protegidos, soluções encontradas no direito italiano, no direito alemão e no direito português[11].

9. Seção VI, *Da incompetência* (arts. 49 a 51).

Aparentemente, há pouco que comentar a respeito desta Seção, a não ser que, no intuito de simplificação e aceleração do procedimento, a incompetência relativa deixa de ser objeto de uma exceção com suspensão do processo para integrar, ao lado da incompetência absoluta, o rol das preliminares da contestação (arts. 49 e 338, II); e que, no intuito de propiciar o aproveitamento dos atos processuais, evitando repetições e retrocessos, a incompetência absoluta deixa de determinar automaticamente a nulidade de todos os atos decisórios, preservando-se os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente e cabendo ao juiz competente decidir se os mantém ou revoga.

Poucos compreenderam a razão de ser da exceção de incompetência e, diante dos elevados objetivos a que se propuseram os autores do projeto, não serei eu que irei defender a sua conservação. Entretanto, observo no novo regime da incompetência relativa alguns defeitos que precisarão ser equacionados. A exceção se oferecia em separado e suspendia o processo para que o réu, que alegasse incompetência territorial, não tivesse de constituir advogado e defender-se perante o juízo que considera incompetente, em manifesta posição de desvantagem, longe do seu domicilio ou do foro onde o exercício da sua defesa lhe fosse mais favorável. Se a incompetência relativa passa a ser uma preliminar da contestação, sem suspensão do processo, o réu terá de defender-se perante o juízo incompetente, até que essa preliminar seja decidida, tendo

[11] Ob. cit., pp. 155-156.

de constituir advogado, acompanhar o processo, comparecer à audiência, em situação de nítida desvantagem em relação ao seu adversário, o que viola a paridade de armas.

Note-se que o projeto, tendo extinguido a exceção de incompetência, transformou a regra do parágrafo único do art.305 do Código atual, introduzida pela Lei n° 11.280/2006 - segundo a qual a argüição dessa preliminar podia ser feita pelo réu em petição protocolizada no juízo do seu próprio domicílio, justamente para não obrigá-lo a constituir advogado e a acompanhar o processo no juízo em que a causa foi proposta -, na regra da parte final do art. 49 que, nesse caso, permite que a contestação seja protocolada no juízo do domicílio do réu.

Isso significa que o réu, que somente oferecerá a contestação depois da audiência de conciliação, terá de comparecer a esta ou constituir advogado para estar presente, sem que ainda tenha tido oportunidade de suscitar a incompetência relativa. Não é preciso ter imaginação muito fértil para prever o que farão os advogados para contornar esse problema: petição avulsa, protocolada antes da audiência de conciliação, requerendo que o juiz decline de sua competência, frustrando, assim, o intuito do projeto de reduzir o numero das decisões interlocutórias e de concentrar o exame de todas as questões processuais no julgamento conforme o estado do processo. Embora não seja aqui o local apropriado, anteveja-se o desdobramento. Da decisão antecipada ou proferida no momento próprio, que resolver a argüição de incompetência relativa, não caberá recurso imediato, nos termos do art. 929 do projeto, o que significa que terá o réu de prosseguir a sua defesa em condições desfavoráveis ou terá o autor de deslocar-se para o novo juízo e aí prosseguir a sua demanda, porque somente a final, quando sobrevier a sentença, é que essa questão poderá ser levada à apreciação do tribunal de 2° grau. Também aqui, não é necessária muita imaginação para prever o que farão os advogados.

Quando se codifica, as improvisações, os enxertos, as soluções precárias e assistemáticas adotadas por juízes e tribunais para resolver problemas reais que o legislador não anteviu devem ser substituídas por novas soluções racionais e sistemáticas dos mesmos problemas e, se possível, sem criar novos problemas. Uma legislação que elimina alguns problemas e cria outros ainda maiores precisa ser repensada.

Quem sabe fosse o caso de manter-se a exceção de incompetência, como se manteve a exceção de impedimento ou de suspeição (art. 116), embora sem esse nome, retirando-lhe o efeito suspensivo automático e dispensando a sua autuação em apenso que, aliás, vai tornar-se inócua com a implantação do processo eletrônico, conservando a regra do atual parágrafo único do art. 305.

Ainda quanto à incompetência relativa, parece-me conveniente restaurar, como parágrafos no art. 50, as normas sobre a nulidade da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão, embora não me pareça que essa matéria deva ser de apreciação oficiosa pelo juiz.

Quanto ao aproveitamento dos atos na incompetência absoluta (art. 49, § 3°), ela me parece francamente positiva. Conforme manifestei no meu estudo sobre a *translatio iudicii*, a meu ver esse aproveitamento deve estender-se também às atuais hipóteses de inadequação do procedimento, evitando a frustração de ter de começar tudo de novo e, com freqüência, não ter mais a possibilidade de fazê-lo.

Conviria, entretanto, complementar a nova regra com a definição de critérios para balizar o novo juiz na preservação ou não dos atos praticados no juízo incompetente, o que tentei esboçar naquele estudo[12].

[12] "A nulidade dos atos decisórios, a que se refere o § 2º do artigo 113 do nosso Código de Processo Civil, se refere apenas aos atos decisórios para os quais o juízo de origem era incompetente. Se a incompetência se restringia apenas à apreciação da matéria objeto da relação jurídica substancial, somente os atos decisórios provisórios ou definitivos que versaram sobre essa matéria é que serão nulos e deverão ser renovados no juízo competente. Em princípio, todas as decisões sobre questões processuais e sobre matéria probatória serão preservadas, salvo se a incompetência atingir o próprio procedimento e os atos já praticados não puderem ser aproveitados no procedimento adequado, por serem com ele incompatíveis. No despacho em que determinar a continuidade do processo, em obediência ao artigo 249 do CPC, o juiz declarará os atos atingidos pela inicial incompetência ou inadequação do procedimento. A continuidade do processo, no caso de incompetência, deverá ser determinada de ofício pelo juízo competente, por força do princípio do impulso processual oficial, declarando nesse momento os atos que devam ser renovados em razão dessa nulidade. No caso de inadequação do procedimento, o juiz, ao reconhecê-la, deverá facultar ao autor a opção pelo procedimento adequado, determinando em seguida as providências necessárias à retomada do processo, declarando os atos que devam ser renovados e o seguimento do processo no procedimento adequado. Se necessária a reconfiguração dos elementos individualizadores da demanda, o juiz deverá reconhecê-la expressamente, antes ou depois da emenda da inicial pelo autor. A preservação dos efeitos processuais e substanciais do processo primitivo implica em projeção ao processo subseqüente dos efeitos das preclusões já consumadas e dos direitos subjetivos processuais anteriormente adquiridos, bem como resguarda na fase sucessiva as faculdades decorrentes de atos ou fases do processo primitivo, ainda que não previstas no procedimento adequado, que deverá respeitá-las. Mas essa proteção do direito adquirido ou da confiança legítima é decorrente da presunção de boa fé de que o erro de competência ou de procedimento seja escusável. Com a reassunção do processo, em qualquer caso, não mais ocorrerá a caducidade de liminares e cautelares preconizada no artigo 808, inciso III, do CPC, salvo se diretamente contaminadas pelo vício do processo primitivo e obtidas através do recurso abusivo ao juízo incompetente ou ao procedimento inadequado." (*A translatio iudicii e a reassunção do processo*, p. 26).

Por fim, o conflito de competência é definido no art. 51 do projeto, mas seu procedimento foi deslocado para os arts. 869 a 877, no Livro IV, Título II, sobre os processos nos tribunais. No parágrafo único do art. 51 o projeto consagra a regra de que o segundo juiz no conflito, se não concordar com a sua competência, mas a atribuir ao primeiro, deverá necessariamente suscitar o incidente. É norma salutar que já vinha sendo adotada.

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2010

A TEMPESTIVIDADE DO PROCESSO NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A COMISSÃO DE JURISTAS NOMEADA PARA SUA ELABORAÇÃO: QUEM FICOU DE FORA?[1]

Marco Félix Jobim

Advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em direito.

Resumo: Este artigo demonstra que, além da comissão de juristas designada para a elaboração do Projeto de novo Código de Processo Civil, havia outros, talvez mais qualificados na matéria, que já trataram do tema da tempestividade no processo civil, que na verdade é o objeto central da proposta e que ficaram de fora.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil brasileiro – comissão – tempo.

Abstract: This article demonstrates that besides the commission of jurists appointed for the drafting of a new Civil Procedure Code, there were others, possibly more qualified, who had previously dealt with the theme of tempestivity within the Civil Procedure, which is in fact the central purpose for the draft, and were left out.

Keywords: New Brazilian Civil Procedure Code – the commission – time.

1. Introdução

É inegável que um dos grandes problemas vivenciados hoje no país em seu Poder Judiciário é o da intempestividade do processo.

Afeita a essa questão, a Comissão elaboradora do Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro ergueu a bandeira da duração razoável do processo para ser o norte perseguido na condução dos trabalhos a fim de dar a garantia ao jurisdicionado de que, ingressando no Poder Judiciário, seu processo terá um tempo de tramitação no mínimo razoável.

[1] Agradeço a leitura atenta e as críticas dos professores José Maria Rosa Tesheiner e Elaine Harzheim Macedo e do amigo Júlio Cesar Goulart Lanes.

Este estudo tentará demonstrar que, ao se alçar um estandarte como do tempo do processo, vários juristas que deveriam ter participado da elaboração do Projeto restaram de fora.

Não há absolutamente crítica negativa à Comissão nomeada, o que é alvo de capítulo autônomo, no qual será demonstrado que a qualificação dos referidos é algo inquestionável. O que será alvo de crítica é o fato de que outros tantos especialistas nas questões relacionadas ao tempo do e no processo ficaram de fora[2], sendo que poderiam, de sobremaneira, auxiliar nas questões relacionadas a este problema da intempestividade, que se frise desde já, não é só brasileiro, mas global.

Por fim, apenas para se ter uma idéia do que se pretende criticar neste artigo, será ressaltado um erro crasso num dos artigos introdutórios do projeto, que na realidade trata de pretensa regulamentação ao direito fundamental à razoável duração do processo, o que demonstra que beber em outras fontes poderia ter sido altamente salutar para a elaboração final do projeto.

2. Existiu a real preocupação com o tempo do processo no Projeto 166/2010?

Não pairam dúvidas de que a bandeira levantada pela Comissão de juristas que elaboraram o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro que pretende substituir o atual datado de 1973 é a da tempestividade processual.

O documento elaborado pelo Senado Federal[3], assinado pelo Senador José Sarney, apresentando a referida Comissão é cristalino ao, nas palavras do então presidente desta, Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, ressaltar este entendimento[4].

[2] O proponente do artigo estudou as questões relacionadas a tempestividade do processo pois foi alvo de sua dissertação de mestrado o tema, quando trabalhou sob o título de "O direito fundamental à duração razoável do processo e a responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual", razão pela qual, humildemente, sente-se habilitado a escrever sobre o tema.

[3] http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf

[4] A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça. Por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo. Optou-se, por exemplo, pela inclusão de ônus financeiro visando desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso País.

Ao relatar a celeridade[5] como ideário maior, está-se diante de afirmação de que o tempo do processo deve ser respeitado, apesar dos princípios da celeridade e da tempestividade sequer ser sinônimos, o que é confirmado logo após no mesmo documento[6].

Pois bem, o paradigma com que se regeu a Comissão é a preocupação com a tempestividade do processo[7], razão pela qual se analisará se o grupo de renomados juristas que tratou da elaboração do documento tinha um rumo voltado a uma quebra real de paradigma[8] com a antiga tradição das garantias[9] inacabáveis dentro do processo.

2.1. **Da comissão de juristas e os escritos sobre o tempo do processo.**

Por meio da iniciativa do Senador José Sarney foi nomeada a Comissão para elaboração do então anteprojeto, hoje projeto, de novo Código de Processo Civil brasileiro, estando na presidência dos trabalhos o Ministro Luiz Fux e, na seqüencia, os

[5] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Apenas para se ter noção ao constar no documento celeridade ou invés de tempestividade, está-se confundindo os institutos, tendo em vista que não se tratam dos mesmos princípios. Esclarece José Afonso da Silva: "Celeridade é signo de velocidade no seu mais alto grau; processo célere seria aquele que tramitasse com maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo celérrimo. Processo com razoável duração já não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo a que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil". p. 176.

[6] Em suma, a Comissão concluiu nas diversas proposições por dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes, e, ainda, propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade; o sonho de justiça.

[7] Segundo o ministro Luiz Fux, o novo código pode reduzir em até 70% o tempo de tramitação das ações que tratem de temas repetitivos, e em 50% a duração de outras causas.

[8] JOBIM, Marco Félix. A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. in JOBIM, Geraldo; TELLINI, Denise Estrella; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro – Estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010. O autor explica a razão pela qual se deve dar a mudança de paradigma: "A física chega num estágio atual de contagem do tempo em que está fracionando o segundo em 250 bilionésimos de um bilionésimo de segundo para chegar à contagem do que hoje se denomina de attosegundo. Em contrapartida, vivendo-se numa era dessa velocidade, o Poder Judiciário ainda conta seus processos por meses, anos ou décadas, o que apenas comprova que está na contramão da história, repercutindo naquele que o procura, que necessita das garantias para ter um processo justo, ou seja, no jurisdicionado". p. 600.

[9] O artigo 9º do projeto é prova cabal disso onde atesta que "não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito", não havendo, pois, pela redação do artigo, qualquer margem para interpretação extensiva em uma situação que mereceria uma decisão sem a oitiva da parte, sendo uma cláusula totalmente fechada.

seguintes membros: Teresa Arruda Alvim Wambier para relatar, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

Assim, sabendo-se que a Comissão tinha por bem trazer novos paradigmas relacionados à diminuição do tempo do processo, ela foi escolhida e produziu o anteprojeto. O que se questiona neste momento é se ela tinha entre seus membros juristas que já elaboraram obras ou artigos, ou ainda, tinham sua formação de mestrado ou doutorado sobre o tempo do e no processo, assim como, posteriormente, demonstrar que outros tantos juristas voltados a esta área, que pensaram com muita profundidade a idéia da tempestividade processual, ficaram de fora.

A qualidade da Comissão de juristas é inegável, conforme se passa a expor com a qualificação de cada um deles, assim como alguns escritos deixados pelos membros ao longo de suas carreiras. A Comissão foi assim composta:

Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, livre-docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 1988, com a defesa da tese: "A incapacidade processual do terceiro interveniente", sendo professor titular nesta mesma universidade.

Entre os artigos publicados pelo Ministro, encontram-se: "A súmula vinculante e o Superior Tribunal de Justiça"; "O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público"; "O descumprimento das decisões judiciais e a criminalização do Processo Civil"; "A tutela antecipada nos Tribunais Superiores", entre tantos outros. Entre os livros publicados, pode-se citar "o novo processo de execução – o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial"; "a reforma do processo civil"; "curso de direito processual civil", entre outros.

Tereza Arruda Alwim Wambier é mestra (dissertação: "das nulidades das sentenças de mérito típicas no direito", ano de 1985), doutora (tese: "o agravo de instrumento do código de processo civil brasileiro", ano de 1990) e livre-docente (tese: "omissão judicial e embargos de declaração", ano de 2004) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sendo professora assistente doutora desde 1990.

Dentre os artigos publicados pela processualista, poderiam ser citados mais de uma centena, referem-se apenas alguns, como: "o novo código de processo civil"; "interpretação da lei e de precedentes: civil law e commnon Law"; "tutela diferenciada"; "a influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão"; "hipótese de cabimento dos embargos infringentes"; "sob a subsistência das ações cautelares típicas", e, como livros são lembrados "Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória"; "nulidades do processo e da sentença"; "os agravos no CPC brasileiro"; entre outros.

O importante aqui é salientar que a jurista escreveu o artigo denominado "Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do judiciário para um processo mais célere – ainda sobre o prequestionamento", que aborda o tema da celeridade processual.

Adroaldo Furtado Fabrício é doutor em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e considerado um dos grandes juristas de nosso tempo. Foi presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e dedica-se atualmente a exarar pareceres, palestras e à advocacia.

Entre os inúmeros artigos e livros que são atribuídos a autoria do jurista, pode-se citar as seguintes obras: "A ação declaratória incidental"; "Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo"; "Poder Judiciário: flagrantes institucionais"; "A nova ação consignatória, em preparação" e "Ensaios de Direito Processual".

Benedito Cerezzo Pereira Filho é mestre (dissertação: "pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva", ano de 1999) e doutor (tese: "repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário", ano de 2002), ambas pela Universidade Federal do Paraná, sendo atualmente, professor da Universidade de São Paulo.

Entre os artigos publicados podem-se citar: "O poder do juiz: ontem e hoje"; "tutela antecipada: concessão de ofício?"; "a natureza mandamental na execução por soma"; "procedimento monitório e sua executoriedade" entre outros.

Bruno Dantas é mestre (dissertação: "da repercussão geral: investigação sobre os aspectos processuais civis do instituto e a mudança do perfil imposta por seu advento ao Recurso Extraordinário brasileiro", ano de 2007), e atualmente é doutorando em direito e consultor-geral legislativo do Senado Federal.

Entre os artigos publicados tem-se: "Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática"; "na contramão das reformas processuais: crítica ao novo parágrafo único do art. 527 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005"; "a reforma processual começou na contramão", e como obra a "repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais".

Elpídio Donizetti Nunes possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1984) e mestrado Direito Processual também pela PUC - Minas (2002). Atualmente é desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Entre suas principais obras se destacam: "embargos à execução para a entrega de coisa: prazo e segurança do juízo"; "impugnar ou embargar? Os novos meios de oposição pelo devedor ao procedimento executivo introduzidos pela Lei nº 11.232/2005"; "inovações tecnológicas a serviço do credor: aspectos da penhora por meio eletrônico – Lei 11.382/2006", entre outros artigos e "curso didático de direito processual civil", já em sua 13ª edição, como exemplo de obra jurídica, não se esgotando aí os escritos do jurista.

Humberto Theodoro Jr é doutor (tese: "a execução de sentença e o devido processo legal", ano de 1987), pela Universidade Federal de Minas Gerais, na qual é professor.

Não há como resumir as dezenas de publicações em artigos, obras e pareceres, razão pela qual se cita apenas seu festejado curso de processo civil brasileiro que já ultrapassou a 50ª edição em alguns de seus volumes, assim como um artigo específico sobre a matéria denominado "Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais".

Jansen Fialho de Almeida foi advogado durante oito anos antes de ingressar na magistratura e é professor de diversos cursos jurídicos. Autor de diversos artigos jurídicos.

José Miguel Garcia Medina: mestre (dissertação: "o prequestionamento no contexto dos recursos extraordinário e especial", ano de 1987), doutorado (tese: "sobre os princípios fundamentais da tutela jurisdicional executiva") e pós-doutorado pela

Universidade de Sevilha em 2009, é professor da Universidade Paranaense – UNIPAR. (orientação mestrado e doutorado Teresa Arruda Alvim Wambier).

Entre os artigos escritos podem ser destacados: "a sentença declaratória como título executivo – considerações sobre o art. 475-N, I, do CPC"; "ação civil pública – improbidade administrativa – possibilidade de indeferimento da petição inicial ante a ausência de ato de improbidade – inteligência do art. 8 e 11 da Lei 8.429/1992 c/c art. 295 do CPC"; "sobre o processamento dos recursos extraordinário e especial à luz da Lei 10.352/2001" entre outros e como livros a coleção "processo civil moderno"; "o prequestionamento nos recursos extraordinário e especial"; "execução civil – teoria geral: princípios fundamentais", entre tantos outros que poderiam ser citados.

Marcus Vinicius Furtado Coelho graduou-se em Direito pela Universidade Federal do Piauí, pós-graduado em Direito Processual, pela Universidade Federal de Santa Catarina, em Direito Fiscal e Tributário, pelo Instituto de Ensino Jurídico. Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca na Espanha (Tese: "casos de casación de mandato del gobernador en Brasil por la corrupción electoral"). É professor de diversas instituições.

Entre suas principais obras destacam-se "a inviolabilidade do direito de defesa"; "direito eleitoral e processo eleitoral"; "eleições: abuso de poder – instrumentos processuais"; "processo civil reformado", entre outras obras jurídicas.

Paulo Cesar Pinheiro Carneiro é graduado, livre-docente e doutor em Direito pela Universidade do Rio de Janeiro, com ambas as teses relacionadas à teoria geral do processo, professor titular de Teoria Geral do Processo nesta mesma universidade, advogado.

Entre os artigos publicados podem-se citar "desconsideração da coisa julgada: sentença inconstitucional"; "a ética e os personagens do processo"; "ação civil pública: instrumento para o controle das cláusulas contratuais abusivas", entre outros e livros: "acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo"; "a atuação do Ministério Público na área cível"; "o Ministério público no processo civil e penal", entre outros.

Acima foi analisado o currículo de cada um dos integrantes da Comissão, sendo que, na grande maioria dos casos a pesquisa foi baseada no Lattes de cada um, documento este alimentado pelo próprio autor, o que demonstra que nenhum deles tinha

escrito obra ou formação de pós-graduação direcionada às ilações do tempo do e no processo, salvo raras exceções onde houve a produção de artigos jurídicos.

Diante disso, apesar de os referidos serem efetivamente grandes juristas e pensadores do processo civil brasileiro, ao hastearem o tema da tempestividade processual, não seria de melhor alvitre que outros juristas fossem convidados a uma participação mais efetiva na elaboração do Projeto, outros que, há muito tempo, dedicam-se ao tema da tempestividade do processo?

O que parece ter ocorrido foi a concentração da maior parte da Comissão dentro da escola paulista de processo civil[10], quando poderia ter mesclado seus membros entre outras, como a gaúcha, a mineira, a paranaense, a baiana, para que, por meio do diálogo, se chegasse a conclusões mais específicas acerca do tempo e da efetividade do processo.

2.2. Juristas que já dedicaram estudos sobre a temática do tempo no e do processo: quem ficou de fora?

A Comissão de juristas nomeada para a elaboração do Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro, conforme acima analisado, tem uma qualificação considerável, quer seja pela titulação, experiência de vida ou da própria produtividade intelectual de cada um de seus membros.

[10] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens Lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002. "Assim refere o autor sobre a escola paulista: A Escola Paulista formou-se a partir dos jovens processualistas da década de 40 do século XX, com os trabalhos de Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, discípulos diretos de Liebman. A respeito do primeiro, por ocasião de ser autor do Projeto do Código de Processo Civil, ficou clara sua influência em Liebman, quando adotou-se a teoria eclética da ação, acolhendo-se as condições gerais da ação (legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), conforme proclama o artigo 267, VI, do CPC. Em seguida vieram outros processualistas de imenso calibre, filiados à escola que já não mais se limitavam ao Estado de São Paulo, como Moacyr Amaral dos Santos, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Celso Agrícola Barbi, Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim, Alcides de Mendonça Lima, Egas Dirceu Moniz Aragão, Galeno Lacerda, Hélio Tornaghi, Fernando da Costa Tourinho Filho e Romeu Pires de campos Barros. Também os processualistas trabalhistas não escaparam à ascendência da escola, como Antônio Lamarca, Coquijo Costa, Wagner Giglio, Amauri Mascaro Nascimento e Wilson de Souza Campos Batalha". E continua o autor: "Variantes do pensamento paulista se manifestaram nos estudos de José Joaquim Calmon de Passos, Ovídio A. Baptista da Silva, Adroaldo Furtado Fabrício e Donaldo Armelin". Em continuidade: "Modernamente, percebe-se que a Escola Paulista apresenta uma nova tendência, a instrumental, que se apresenta ao lado da tendência técnica, ainda vinculada com as origens da escola. A tendência instrumental, que especula as reformulações do processo por escopos políticos, sociais e jurídicos, tem entre seus integrantes nomes de escol, como Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, ambos vinculados à Universidade de São Paulo". E finaliza: "A nova geração escola abrange os estudos realizados por Teresa Alvim Wambier, Flávio Luiz Yarshell, Kazuo Watanabe, Celso Neves, Vicente Grecco Filho, Antônio Carlos Marcato, José Carlos Barbosa Moreira, entre outros". p. 356.

Contudo, em que pese tamanha qualificação, em nenhum deles encontrou-se um estudo aprofundando das conseqüências do tempo no processo. A Comissão poderia ter se valido de outros tantos processualistas que dedicaram parte de sua vida acadêmica à preocupação com a tempestividade do processo. E mais, não são poucos aqueles que já dedicaram estudos acerca das inferências do tempo no e do processo. Teses, dissertações, livros e artigos já foram escritos, demonstrando uma real preocupação relacionada ao tempo, conforme se passa a relatar.

Inicialmente fala-se em Samuel Miranda Arruda que possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1994), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999) e doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (2005).

A tese de doutoramento de Samuel denomina-se "O direito fundamental ao processo em tempo razoável: fundamentos e conteúdo. Uma análise à luz do constitucionalismo luso-brasileiro" que teve como orientador o professor português da Universidade de Coimbra José Carlos Vieira de Andrade, tese que virou obra de importante relevância para o estudo do tempo do processo com diversos conceitos e idéias acerca da temática.

Paulo Hoffman é outro nome que poderia ter sido lembrado para fazer parte da Comissão. Possui especialização pela Università Degli Studi di Milano, com a monografia "La riparazione consequente alla irregionevole durata del processo – La Legge Pinto – Uma prospettiva Brasiliana", mestrado pela Universidade Católica de São Paulo com a dissertação "o direito à razoável duração do processo" e o doutorado pela mesma universidade com a tese "saneador compartilhado".

Cristiano Otavio Paixão Araujo Pinto é formado em direito pelo Centro Universitário de Brasília, mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina com a dissertação "a dimensão temporal do direito – um estudo a partir da teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann"; doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-doutor pela Scuola Normale Superiori Di Pisa.

Sua dissertação foi publicada em 2002 com o título "modernidade, tempo e direito" e se trata de um dos estudos mais importantes sobre a matéria.

Talvez um dos grandes nomes do Processo Civil contemporâneo e um dos juristas mais preocupados com as ilações do tempo no processo seja Luiz Guilherme

Marinoni, por meio dos seus estudos direcionados às tutelas de urgência, com centenas de artigos e obras que poderiam ser citadas, além de mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (dissertação: "tutela cautelar e tutela antecipatória"), doutor pela mesma universidade (tese: "acesso à justiça e os institutos fundamentais do processo") e dois pós-doutorados, o primeiro pela Università degli Studi di Milano e o segundo pela Columbia University School of Law.

Outro grande nome a ser chamado para a Comissão seria o de José Rogério Cruz e Tucci que dedica grandes escritos sobre o tempo no e do processo e tem uma obra de peso sobre a matéria denominada "tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)", já esgotada.

É mestre pela Universidade de São Paulo (dissertação: "da suplicatio ao agravo ordinário: contribuição para a história dos recursos cíveis"), doutor pela Università di Roma (tese: L'ordinamento giuziario e Le impugnzioni nella legislazione di Constantino Il Grande (306-337 d.C.) – (profilo storico)") e livre-docente pela Universidade de São Paulo (tese: "a motivação da sentença no processo civil").

Entre outros autores que dedicaram suas teses e dissertações ao tempo do processo estão: Sérgio Massaru Takoi (dissertação: "o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º LXXVIII da CF/88) e sua aplicação no direito processual Civil"), mestrado em Direito da FADISP; Luiz Antônio dos Santos Bezerra (tese: "tempo, direito e processo – bases filosóficas e políticas para as tutelas de urgência"), programa de doutorado da Universidade Federal do Paraná; Adriana Grandinetti Viana (dissertação: "a razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social"), programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade católica do Paraná; Rafael Fernandes Esteves (dissertação: "o direito fundamental à razoável duração do processo e os mecanismos processuais garantidores de sua eficácia após a emenda constitucional nº 45/2004"), pelo programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mariângela Guerreiro Milhoranza (dissertação: "as reformas do código de processo civil e o direito intertemporal: relações entre tempo e direito (Lei nº 8.455/1992 até a Lei nº 11.341/2006"), pelo mesmo programa.

Poderiam ter sido convocados aqueles que apenas, de alguma forma, pensaram a tempestividade do processo e escreveram obras sobre o tema, sendo eles: Flávio Beal[11], Fabiana Rodrigues Silveira[12], Ricardo Quass Duarte[13], Carlos Henrique Ramos[14], Frederico Augusto Leopoldino Koehler[15], André Luiz Nicolitt[16], Ivan de Oliveira Silva[17] e Fabiana Marion Spengler[18].

Também restaram de fora alguns profissionais do direito que se valeram de artigos jurídicos para melhor compreender o tema, como: Araken de Assis com o artigo "duração razoável do processo e reformas da lei processual civil"; Gisele Mazzoni Welsch com o artigo "a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como garantia constitucional"; Paulo Caliendo com o artigo "duração razoável do processo em matéria tributária"; Cláudia Marlise da Silva Alberton com o artigo "O princípio da duração razoável do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo"; José Carlos Barbosa Moreira com o artigo "A duração razoável do processo: alguns dados comparativos"; Andrea Nárriman Cezne com o artigo "celeridade, prazo razoável e efetivação do direito à tutela jurisdicional: o caso dos juizados especiais federais"; Mirna Cianci com o artigo "A razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"; Simone Rodrigues Ferreira com o artigo "A efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo"; Elaine Harzheim Macedo com os artigos "Processo efetivo e tempestivo: reformas processuais ou o novo paradigma da jurisdição?" e o outro em co-autoria com Marco Félix Jobim denominado de "Ações coletivas X ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição Federal"; Francisco Peçanha Marins com o artigo "Morosidade do judiciário"; Rodrigo Mazzei com o artigo "Aspectos panorâmicos do 'tempo' na 'realização do direito'"; Eduardo Von Muhlen e Gustavo Masina com o artigo "O princípio da duração razoável do processo"; José Renato Nalini com o artigo

[11] BEAL, Flávio. **Morosidade da Justiça = impunidade + injustiça**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.
[12] SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.
[13] DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.
[14] RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.
[15] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A duração razoável do processo**. Bahia: JusPODIVM, 2009.
[16] NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
[17] SILVA, Ivan de Oliveira**. A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pillares, 2004.
[18] SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

"Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana"; Ademar Nitschke Júnior e Ana Paula Pavelski com o artigo "Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado"; Antônio de Pádua Notariano Júnior com o artigo "Garantia da razoável duração do processo"; M. B. Patto, com o artigo "Aspectos da dimensão temporal do processo civil"; Marcelo Terra Reis, com o artigo "tempestividade da prestação jurisdicional como direito fundamental"; Francisco Rosito com o artigo "O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica"; Adriane Medianeira Toaldo com o artigo "A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional"; Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini com os artigos "A dignidade da pessoa humana e o prazo razoável do processo: a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional" e "O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional", entre outros que poderiam ser citados.

Ainda poderia a comissão ter uma forma de melhor ouvir processualistas consagrados em nosso meio acadêmico cujas obras levam a pensar as inferências do tempo no processo, podendo-se citar José Maria Rosa Tesheiner com seus estudos sobre ações coletivas, Hermes Zanetti Júnior que estudou profundamente o processo constitucional, Athos Gusmão Carneiro com seus escritos sobre antecipação de tutela, Teori Albino Zavascki com seus estudos sobre antecipação de tutela e sobre processos coletivos, Darci Guimarães Riberito com suas idéias sobre a audiência preliminar e seu profundo estudo sobre efetividade do processo, Jaqueline Mielke Silva com sua tese de doutoramento onde discorre sobre tempo, assim como seus estudos acerca das tutelas de urgência, Daniel Mitidiero com seu aprofundado estudo sobre a colaboração no processo, Guilherme Rizzo Amaral que estudos as multas processuais, Humberto Dalla Bernadinha de Pinho com os modos alternativos de resolução de conflitos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira com sua premiada tese sobre o formalismo no processo civil brasileiro, Fredie Didier Jr com as idéias sobre boa-fé no processo, Júlio Cesar Goulart Lanes com o estudo aprofundado sobre audiências, entre tantos outros que poderiam ser lembrados cujas obras auxiliariam na elaboração de um Projeto mais preocupado com o tempo do e no processo.

Ao invés disso, preferiu a Comissão a elaboração de diversas audiências públicas nas quais processualistas de renome tinham pouco mais de 5 minutos para expor, publicamente, suas idéias em relação ao anteprojeto elaborado[19] ou remeter suas idéias por meio de um site criado para tal fim, demonstrando um total desacerto nesta forma de tentativa de criação de uma rede para o aprimoramento do Projeto[20].

Essa pressa na realização das audiências ou até mesmo das propostas pelo site se justifica até mesmo pelo exíguo prazo concedido pelo Senado Federal para elaboração do então anteprojeto que foi de apenas 180 dias[21].

O que se pode criticar neste exíguo prazo é que a própria Comissão, ao saber do espaço de tempo adotado, poderia ter negado a incumbência da elaboração pelo simples fato de um documento tão importante não conseguiria alcançar perto de um modelo

[19] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Assim foram as audiências públicas: "antes da entrega do Anteprojeto ao Senado Federal, a Comissão divulgou seus estudos iniciais contendo proposições temáticas sobre as quais gravitariam as discussões a seu respeito. A partir delas, realizaram-se oito audiências públicas a fim de que se pudesse ouvir a sociedade civil sobre as questões levantadas. Estas tiveram lugar em Belo Horizonte, Minas Gerais (26.02.2010), Fortaleza, Ceará (05.03.2010), Rio de Janeiro (11.03.2010), Brasília, Distrito Federal (18.03.2010), São Paulo (26.03.2010), Manaus, Amazonas (09.04.2010), Porto Alegre (15.04.2010) e Curitiba (16.04.2010)". p. 63.

[20] Apesar de o próprio Senador José Sarney demonstrar satisfação no meio escolhido ao afirmar: Preparado com grande transparência e da maneira mais participativa possível – com a realização das audiências públicas nas cinco regiões de nosso País – o trabalho que a Comissão de Juristas nos apresenta será agora submetido aos ritos do processo legislativo. Também manifesta esse entendimento o Ministro Dias Toffoli ao afirmar: "*As proposições da Comissão de Juristas passarão pelo exame inicial dos Senadores e, depois, dos Deputados Federais, sob o influxo de sugestões da advocacia, da magistratura, do Ministério público, dos cientistas e professores do Direito e de todas as forças sociais interessadas na modernização da legislação processual e no progresso do país. Seja por meio das emendas parlamentares ou pela sugestão direta em audiências públicas, essas instituições ou demais forças políticas da sociedade influenciarão legitimamente o processo parlamentar*". GUEDES, Jefferson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camilo; AZEM, Guilherme Beux Nassif; BATISTA, Liliane Maria Busato. **Novo Código de Processo Civil**: comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 9.

[21] ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil**: análise Teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. Tal fato foi ressaltado pelos autores ao afirmarem: "O art. 1º do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, que instituiu a Comissão de Juristas para a elaboração do Anteprojeto do CPC, fixou o prazo de cento e oitenta dias para a sua finalização, sendo que o art. 3º do mesmo ato estabeleceu: 'o prazo para a conclusão dos trabalhos será contado a partir de 1º de novembro de 2009". Complementam: "Como se nota, é um prazo muito curto para a elaboração de um Código de processo Civil diante das complexidades sociais atuais. Certamente a Comissão deve ter trabalhado muito para a conclusão dos trabalhos no período estabelecido". E finalizam: "Todavia, verifica-se que é impossível construir uma proposta inovadora no referido prazo. Como afirmado anteriormente, faltaram análises estatísticas, estudos de fatos e prognoses para se aferir os prováveis impactos da nova proposta de Código na sociedade, em especial na jurisprudência. Esses estudos são fundamentais, pois, em um Estado Democrático de Direito, a criação de um novo modelo normativo, como um Código, e até mesmo de uma pequena legislação em geral, não deve prescindir do planejamento devido e da análise dos dados reais sobre o funcionamento do sistema atual e dos possíveis impactos positivos ou negativos do novo modelo normativo na sociedade em geral e na Justiça em específico". P. 143-144.

perfeito sem ouvir, um a um, os diversos processualistas de peso existentes em nosso país.

2.3. O desconhecimento das relações entre tempo e processo

Conforme acima relatado, defende-se que a Comissão escolhida para a elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro, em que pese à excepcional qualificação de seus membros, não era a que melhor espelhava o momento atual de quebra de paradigmas pela inserção no ordenamento jurídico da regulamentação infraconstitucional do direito fundamental à duração razoável do processo.

A noção de tempo mudou. Gary Stix recentemente alertou que "o tempo, no século XXI, tornou-se o equivalente do que foram os combustíveis fósseis e os metais preciosos em outras épocas"[22], ou seja, o tempo é o vetor da vida e vale muito para aquele que não o tem hoje em dia[23]. A partir desse novo paradigma, dever-se-ia pensar um Projeto de Código de Processo Civil brasileiro que realmente levasse em consideração o fato de o tempo ser a moeda da vida do ser humano. Ao dar-se conta disso, naturalmente, seriam retirados do ordenamento jurídico conceitos já obsoletos de garantias processuais que concedem aos devedores direitos absolutos, deixando de lado

[22] STIX, Gary. Tempo real. **Scientific American**, São Paulo: Ediouro, ed. 21, 2007., p. 7. A passagem completa do texto refere: "Há mais de 200 anos Benjamin Franklin criou a famosa frase comparando a passagem de minutos e segundos aos xelins e libras. O novo milênio – e as décadas que o antecederam – terminaram por dar às palavras de Franklin seu verdadeiro significado. O tempo, no século XXI, tornou-se o equivalente do que foram os combustíveis fósseis e os metais preciosos em outras épocas. Constantemente medida e valorada, essa matéria-prima vital continua a fomentar o crescimento de economias construídas com base em terabytes e gigabits por segundo".

[23] ZIMBARDO, Philip; BOYD, John. O paradoxo do tempo: você vive preso ao passado, viciado no presente ou refém do futuro? Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 16. Os autores, após analisarem mais de 15 mil questionários realizados em pesquisa pelo mundo, conferem ao tempo o maior bem da vida. Dizem: "*O tempo é nosso bem mais valioso. Na economia clássica, quanto mais escasso for um recurso, maior será a quantidade de usos que se pode fazer dele e maior será o seu valor. O ouro, por exemplo, não tem nenhum valor intrínseco e não passa de um metal amarelo. Entretanto, os veios de ouro são raros no planeta, e esse metal tem muitas aplicações. Primeiramente o ouro era usado na confecção de jóias, e mais recentemente passou a ser usado como condutor em componentes eletrônicos. A relação entre escassez e valor é bem conhecida, e por isso o preço exorbitante do ouro não é nenhuma surpresa*". E continuam: "*A maioria das coisas que podem ser possuídas – diamantes, ouro, notas de 100 dólares – consegue ser reposta. Novas reservas de ouro e diamante são descobertas, e novas notas são impressas. O mesmo não acontece com o tempo. Não há nada que qualquer um de nós possa fazer nesta vida para acrescentar um momento a mais no tempo, e nada permitirá que possamos reaver o tempo mal-empregado. Quando o tempo passa, se vai para sempre. Então, embora Benjamin Franklin estivesse certo a respeito de muitas coisas, ele errou ao dizer que tempo é dinheiro. Na verdade o tempo – nosso recurso mais escasso – é muito mais valioso do que o dinheiro*".

princípios hoje mais importantes como o direito fundamental a tempestividade do processo.

Apenas para exemplificar com uma situação concreta do Projeto, tem-se que a grande norma inserida em parte geral sobre a tempestividade do processo é aquela do artigo 4º, na qual afirma que "as partes têm direito a obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa", ou seja, o Estado, por meio de seu Poder Judiciário, deverá garantir ao jurisdicionado a duração razoável do processo tanto no conhecimento, como na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução.

Analisando a redação do art. 4º, nota-se que existe uma diminuição da abstração do direito fundamental à duração razoável do processo inserta no art. 5, LXXVIII da Constituição Federal que declara que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O princípio altamente genérico do inciso LXXVIII agora apenas se comprime para informar ao jurisdicionado que a duração razoável do processo não significa ter o direito a uma sentença em tempo hábil, mas que também tem a parte o direito de satisfazê-la num tempo razoável.

Pois bem, será possível o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, garantir um direito de satisfatividade da sentença? Por evidente que a resposta é no sentido negativo.

Não há como o Poder Judiciário garantir o tempo de duração razoável do processo em uma execução de título extrajudicial, ou na fase de cumprimento de uma sentença condenatória, se a parte contrária não tem bens, por exemplo. O artigo cria uma ilusão ao jurisdicionado que não pode ser concretizada.

Da forma como pensado o artigo 4º, ter-se-á quem defenda no futuro que o Estado deverá garantir o valor envolvido em juízo caso a parte não tenha condições de fazê-lo, tipo uma responsabilidade subsidiária deste, tendo em vista que o artigo regulamenta um direito fundamental de primeira dimensão, o que, por certo, não foi intenção da Comissão.

O que deveria ter sido feito, por exemplo, era se basear no Código de Processo Civil português que logo em seu artigo 2º refere que "a proteção jurídica através dos

tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar".

Ora, é nisso que deveria ter-se fixado a Comissão, ou seja, garantir ao jurisdicionado, no mínimo, uma sentença transitada em julgado num tempo razoável, e deixado para a fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, por exemplo, o espaço para a celeridade processual, o que parece ainda confundir juristas, como se ambas tratassem do mesmo princípio, e não institutos totalmente diversos.

Assim, num primeiro momento, garante-se, por uma sentença com força de coisa julgada, o tempo razoável do processo para, num segundo momento, garantir ao jurisdicionado a celeridade das etapas do processo, para que ele possa então e frise-se, apenas tentar a efetividade da sentença, pois esta pode depender de patrimônio da parte, o que foge à alçada do Estado.

Isso se deu pela simples razão de na Comissão não ter um jurista com formação voltada ao estudo do tempo do e no processo, o que seria altamente proveitoso para a elaboração de tão importante documento que poderá conduzir a vida processual do jurisdicionado em tempo breve.

Considerações finais

Tratou o presente escrito de mostrar:

1 - Os membros integrantes da Comissão nomeada para a elaboração do projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro têm uma qualificação extraordinária.

2 - Em que pese a qualificação de cada um dos componentes, outros tantos, com maior tradição no pensar o direito fundamental à duração razoável do processo, poderiam ter sido convocados para tarefa de tamanha importância.

3 - A inconsciência das relações entre tempo e processo fez com que a Comissão não conseguisse quebrar um paradigma já centenário, arraigado nas garantias do contraditório e da ampla defesa, não tendo o tempo, estandarte primordial levantado pela Comissão, conseguido um lugar de maior prestígio no Projeto, tendo em vista que ainda muito pouco entendidas as questões do tempo do e no processo.

4 – Relacionado à questão da tempestividade processual há um problema logo no início do Projeto, que poderá produzir uma ilusão jurídica, ao afirmar que o jurisdicionado tem o direito a que seu processo seja efetivado num tempo razoável, uma promessa prêt-à-porter totalmente incumprível, salvo se o Estado for responsabilizado subsidiariamente.

5 – Deverá ser tratada com maior cuidado a diferença entre tempestividade processual e celeridade processual, ambos princípios processuais constitucionais elencados no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, mas com conteúdos totalmente diversos.

6 – O prazo para elaboração de um documento como um Código de Processo Civil, que regerá a atividade processual caso for aceito seu conteúdo pelo Congresso Nacional, nunca poderia ter sido tão exíguo, o que dificultou um pensamento mais reflexivo de toda a comunidade jurídica, inclusive da própria Comissão nomeada que, apenas pelo fato do curto espaço temporal, deveria ter negado sua elaboração.

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil**: análise Teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BEAL, Flávio. **Morosidade da Justiça = impunidade + injustiça**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camilo; AZEM, Guilherme Beux Nassif; BATISTA, Liliane Maria Busato. **Novo Código de Processo Civil**: comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JOBIM, Marco Félix. A responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. in JOBIM, Geraldo; TELLINI, Denise Estrella; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro – Estudos em homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A duração razoável do processo**. Bahia: JusPODIVM, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: Críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens Lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira**. A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pillares, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

STIX, Gary. Tempo real. **Scientific American**, São Paulo: Ediouro, ed. 21, 2007.

ZIMBARDO, Philip; BOYD, John. **O paradoxo do tempo**: você vive preso ao passado, viciado no presente ou refém do futuro? Tradução de Saulo Adriano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

Sítios consultados:

www.senado.gov.br

www.lattes.cnpq.br

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Trícia Navarro Xavier Cabral

Doutoranda em Direito Processual pela UERJ Mestre em Direito Prcessual pela UFES. Juíza de Direito no Estado do Espírito Santo

RESUMO: O presente estudo aborda o fenômeno da flexibilização procedimental, novidade que vem prevista no Projeto do CPC. Essa técnica processual permite que os atos e procedimentos sejam ajustados às peculiaridades da causa, proporcionando uma entrega mais eficiente da tutela jurisdicional. Não há como se prever como será a aceitação e a prática da variação procedimental, até porque mais do que uma mudança legislativa necessita-se de uma mudança de mentalidade. Assim, resta aguardar a aplicação do instituto pelos operadores do direito e verificar se o nosso ordenamento comporta tamanha disponibilidade das formas processuais.

Palavras-chave: flexibilização – procedimento – mudança – legislação – mentalidade.

Abstract: The present study is about the phenomenon of the procedural flexibility, news that is insert in the Civil Procedure Code project. This procedural technique permits that acts and procedurals get adjust on the cause peculiarity, provide a more efficient judicial tutelage. It does not know how to foresee the way it is going to be the acceptance and the practice of the procedural variation, because more than a legislative change it will need a mentality change. Then, remain wait for the institute application from the law operators and see if our legal system admit such a procedure form availability.

Keywords: flexibility – procedure – change - law – mentality.

Sumário*: 1. Introdução - 2. Flexibilização procedimental - 3. Flexibilização do procedimento no Brasil – 4. Variação procedimental no direito estrangeiro – 5. Espécies de flexibilização procedimental – 6. Flexibilização procedimental no Projeto do CPC brasileiro – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.*

1. Introdução

A multiplicação das relações sociais e a diversidade dos conflitos fazem com que o direito tenha de estar sempre atento à sua capacidade de prever a situação fática, mas, também, de solucionar a eventual controvérsia estabelecida na sociedade. Esse

dinamismo da vida e dos relacionamentos afeta a todos os ramos do direito, sendo que com o direito processual não poderia ser diferente. Com isso, as técnicas processuais vêm passando por importantes aprimoramentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, visando alcançar a adequada e justa prestação da tutela jurisdicional.

Nessa transformação processual, dois valores são constantemente confrontados para fins de se identificar o que mais se ajusta com a finalidade do processo: a segurança jurídica e a efetividade. A segurança jurídica é responsável pela previsibilidade necessária às relações processuais e à garantia do devido processo legal. Já a efetividade confere celeridade à prestação jurisdicional e otimiza as formalidades procedimentais.

Ambos os parâmetros valorativos - segurança jurídica e efetividade - possuem relevância e demandam cuidados quando da apreciação, mas, inegavelmente, a efetividade vem se destacando no cenário das alterações processuais, como forma de se atingir de modo mais eficaz no exercício da jurisdição.

O prestígio à efetividade deve-se a vários fatores, que vão desde uma justificativa axiológica, em que se prima por mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios, por meio de técnicas processuais comprometidas com o escopo do processo, até a pragmática, que leva em consideração a atual estrutura judiciária e as tentativas de melhorá-la.

Trata-se, na verdade, do desdobramento das alterações ideológicas sofridas no nosso Estado Democrático de Direito e seus reflexos no campo do processo. Esse novo modelo de Estado fez com que vários institutos processuais precisassem ser revisitados e reavaliados, para se adaptarem às exigências e às necessidades que hoje estão presentes na disciplina processual.

Nesse contexto surge a ideia de flexibilização do procedimento, como uma alternativa para as técnicas processuais que eventualmente sejam inapropriadas diante da relação jurídica apresentada.

Como tal mecanismo, em tese, retira a previsibilidade inerente à segurança jurídica e supostamente fere as garantias constitucionais do devido processo legal, há de se verificar a forma e as consequências resultantes da utilização das variações

procedimentais destinadas à prestação adequada da tutela jurisdicional de acordo com os escopos da jurisdição.[1]

Assim, o presente estudo aborda as consequências processuais decorrentes da flexibilização procedimental, sendo este fenômeno é fruto da evolução dos parâmetros constitucionais e processuais, visando atingir o verdadeiro escopo do direito processual contemporâneo.

2.Flexibilização procedimental

Atualmente, o aparato normativo processual apresenta-se como um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, em que se confere pouca margem de disposição da sequência dos atos e das formas processuais. Trata-se do sistema da legalidade das formas em contraposição ao sistema da liberdade das formas[2] procedimentais[3].

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, que segue o modelo da *civil law*, a forma encontra uma expressão diferenciada, na medida em que é responsável por conferir ordem social por meio do regramento das condutas humanas. Além disso, a forma garante a previsibilidade legislativa, estabelecendo hipóteses abstratas e gerais que conduzem as relações sociais, de modo impessoal. Por fim, a importância da forma está em evitar os arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, assegurando a necessária isonomia de tratamento entre todos os envolvidos na relação jurídica processual[4].

[1] "Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68-69).

[2] "Apesar da liberdade das formas e do progressivo abandono do formalismo, por todos defendidos, não há ato sem forma, porque é a forma que introduz o ato no processo." (GRECO, Leonardo. O processo de execução. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 257).

[3] Gajardoni assevera que não há sistemas puros, mas apenas tendentes à rigidez (como o nosso). Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 79-80.

[4] Nas palavras de Antônio Cabral: "Além de proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos. Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção de arbitrariedades. Especialmente

Contudo, após o reconhecimento da autonomia do direito processual frente ao direito substancial, houve um momento de apego excessivo às formas, tornando-as um fim em si mesmo e deformando os escopos do processo[5]. O processo então passou a ser refém de suas próprias armadilhas e retirou de seu foco a finalidade para a qual foi concebida, que é de servir ao direito material e proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.[6]

Com isso, a segurança jurídica que autorizava e justificava um procedimento mais estático passou a ser questionada para dar ensejo a soluções mais céleres e eficazes.[7] Desse modo, a segurança jurídica sai de uma análise de meio e fim para uma análise apenas finalística.

Nesse passo repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado[8].

---

num Estado de Direito, que é aquele em que impera o *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez sejam o modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores". CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 9.

[5] "A forma, no processo civil, está diretamente ligada à idéia de organização e de previsibilidade do procedimento, bem como de controle contra o arbítrio do Estado e até como fator de equilíbrio entre as partes (aspectos positivos de sua utilização). Não é por outro motivo que se costuma afirmar que o processo é eminentemente formal, no sentido de penhor da legalidade e segurança das partes. Quando, porém, utilizada em excesso, a forma pode levar ao formalismo, transformando-se em um mal, na medida em que pode até impedir a consecução das finalidades do processo." (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil)). p. 14.

[6] "Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins." (BEDAQUE, 1995, p. 14).

[7] "A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (*due process of law*), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim [...]." (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf. Acesso em: 01 jan. 2008. p. 10).

[8] "Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com as formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. Não se nega que certo rigor formal "é a espinha dorsal do processo", e que "seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos". O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente

Registre-se, aqui, o importante papel da jurisprudência[9], que através de inovações corajosas, possibilitou que em muitos casos a justiça fosse efetivamente alcançada e reconhecida. A doutrina, por sua vez, aprimorou cientificamente as evoluções jurisprudenciais, e ainda identificou outros possíveis caminhos para o direito processual[10].

Esse esforço conjunto foi responsável por diversas alterações normativas, que acompanharam a trajetória de um novo modelo de processo. Dentre elas, está a flexibilização do procedimento, prevista no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente convertido no Projeto de Lei do Senado – PLS 166/10. Trata-se de intrigante iniciativa e que demandará muita reflexão e amadurecimento jurídicos, além de grande observação de sua aplicação pela jurisprudência.

Isso porque, apesar das inúmeras reformas processuais ocorridas ao longo dos anos desde a entrada em vigor do Código de 1973, não havia até então se admitido um instituto processual que permitisse tamanha disposição do procedimento e que só o cotidiano forense poderá indicar o sucesso ou não da referida possibilidade processual.

A inserção da flexibilização do procedimento no ordenamento brasileiro acompanha uma tendência já vem sendo adotada por outros sistemas jurídicos,

segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento." (GAJARDONI, 2008, p. 86).

[9] "Não se pode negar que a jurisprudência pode exercer influência junto ao legislador, mediante a sinalização da necessidade de ser suprida a carência legislativa em certas matérias ou evidenciando a conveniência ou mesmo a necessidade de modificação no direito positivo. Vigente. A aplicação do direito é uma "obra de acomodação do geral ao concreto", demandando incessante trabalho de adaptação e até mesmo de criação, já que a lei não pode prever todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida." (TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13). p. 109).

[10] Marcelo Bonicio, ao tratar da necessidade de uma postura ativa do juiz quando da adequação de meios, mas que obedeça o princípio da proporcionalidade, acrescenta: "A exigência de adequação de meios, tal como estruturada no princípio da proporcionalidade, parece unir os antigos reclamos da doutrina processual com a moderna tendência de instrumentalização do processo, tornando ainda mais consistente a obrigação que o juiz tem de participar ativamente do processo. Esta busca por uma maior participação do juiz no processo deve contribuir para tornar o processo mais justo e équo, com uma fase instrutória conduzida com sabedoria e comprometimento com os ideais de justiça que se esperam desta atividade. Tudo isso deverá resultar num julgamento que se aproxime o máximo possível da verdade." (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 94).

especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal[11]. Resta então aguardar como será o desenvolvimento da flexibilização aqui no Brasil, já que não se sabe de antemão como será a recepção pelos operadores do direito.

Apesar disso pode-se afirmar, com segurança, que a flexibilização do procedimento enseja uma concepção completamente distinta da que se tem atualmente em relação às nulidades processuais[12] e à preclusão.

Consequentemente, se antes da previsão da referida novidade não havia um perfeito consenso principalmente na jurisprudência sobre a aplicação das nulidades processuais e sobre o reconhecimento da preclusão, agora será necessária uma cautela ainda maior, a fim de que todas as instâncias se convirjam para uma interpretação coerente sobre as referidas matérias. Há, portanto, de existir um denominador comum entre os posicionamentos jurídicos para permitir que os benefícios da flexibilização se sobressaiam e possam ser efetivamente úteis na entrega da tutela jurisdicional.

Apesar desses desafios, registre-se que a flexibilização possui perfeita compatibilização com a função legitimante do procedimento[13] e com o devido processo constitucional[14] – material e formal -, e representa uma técnica processual que vem

[11] "Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelará pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando se isto representa ou não quebramento do modelo processual historicamente desenhado." (GAJARDONI, 2008, p. 112).

[12] "A função do sistema de invalidades de harmonizar as garantias democráticas do devido processo legal com a instrumentalidade e a efetividade do processo conduz a algumas regras que procuram articular as suas diversas espécies em um conjunto coerente, os impropriamente chamados princípios do sistema de nulidades ou invalidades processuais: *legalidade*, *instrumentalidade das formas*, *economia processual*, *do interesse*, *da lealdade* e *da causalidade*." (GRECO, 1999, p. 277).

[13] "A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do *iter*. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme às circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional." (GAJARDONI, 2008, p. 97).

[14] "Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consetâneo com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo." (Ibidem, p. 100).

atender às expectativas dos jurisdicionados de uma tutela judicial que efetiva e tempestivamente corresponda ao seu direito material.[15]

3. Flexibilização do procedimento no Brasil

Os ajustes necessários não são uma novidade em nosso ambiente jurídico, e costumam se manifestar como fenômenos denominados de conversão, de fungibilidade[16], ou de adaptação, expressões estas que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. A primeira se revela no sentido de troca, substituição, e a segunda no sentido de escolha. Já a terceira é no sentido de flexibilização ou de aproveitamento do meio como se fosse o mais correto. Apesar dessa diferenciação, os casos de fungibilidade são tratados na doutrina: ora como troca, substituição, ou seja, no sentido se conversão formal; ora no sentido de possibilidade de utilização de mais de um meio processual posto à disposição pela lei; e ora para se aproveitar o ato inadequado.[17]

Amendoeira Jr. explica de forma clara dos referidos institutos:

> Em resumo, existem casos em que há verdadeira fungibilidade de meios, ou seja, possibilidade de utilização de mais de um meio (fungível entre si) para atingir determinando fim (escolha da parte é admitida), e existem outros casos em que se está diante de fungibilidade de meios entendida como troca do meio efetivamente utilizado pela parte para outro que se entende como mais correto ou adequado para aquele caso – conversão, seja ela concreta ou formal, seja ela apenas intelectual (conversão propriamente dita)

[15] "Assim, em prol da justa adequação de meios, seria muito melhor que fosse estabelecido um procedimento específico para cuidar dos assuntos mais recorrentes, na esfera da ação civil pública, porque entre eles não há a mesma homogeneidade que há entre as demandas individuais, de maneira que o procedimento ordinário, evidentemente, não tem condições de oferecer respostas *adequadas* aos problemas que surgem na esfera das ações civis públicas." (BONICIO, 2008, p. 151).

[16] Luiz Gustavo Tardin, em obra que destaca a fungibilidade das tutelas de urgência, assevera: "O princípio da fungibilidade, como mecanismo para flexibilizar a rigidez das formas processuais, tem sido aplicado no direito processual civil. Além disso, é tradicional o emprego do princípio da fungibilidade no âmbito recursal e se aplica também na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisas. No mais, o art. 922 do CPC autoriza a fungibilidade nas demandas possessórias." (TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4). p. 152.).

[17] AMENDOEIRA JUNIOR, 2008, p. 4-5.

> para fins de aproveitamento deste ato. Essa diferenciação é muito importante em termos de resultado e da necessidade de sanatória por parte do Poder Judiciário. No primeiro caso (escolha), não cabe ao juiz determinar a alteração do meio adotado pela parte porque, como se verá, qualquer meio, colocado à disposição de parte pelo ordenamento jurídico processual, para aquela situação, é igualmente idôneo para que alcance os fins almejados (há verdadeira fungibilidade de meios, meios indiferentes com relação ao resultado pretendido). Já no segundo caso (conversão), a fungibilidade tem significado um pouco diverso, ou seja, não há essa indiferença entre os meios, de modo que não caberia, em tese, à parte, escolher o meio que julga mais adequado para atingir os fins colimados, já que a lei processual determina de forma expressa o meio adequado para aquela situação. Por qualquer motivo (erro na utilização da forma ou qualquer característica específica na relação material etc.), a parte utiliza-se de meio inadequado para tanto que, porém, pode ser convertido ou aproveitado.[18]

O autor supracitado ainda prevê uma terceira figura jurídica, o princípio da adaptação do procedimento, senão vejamos:

> Por fim, também estaria incluída a possibilidade de aplicação do princípio da adaptação do procedimento (sua flexibilização), o que, certamente, não se confunde com fungibilidade (como escolha entre diversos meios sendo todos idôneos por previsão ou omissão legal, ou ainda em função de dúvidas objetivas) e conversão (somente um meio idôneo ao qual o meio efetivamente utilizado é convertido), tratando-se de mera adaptação (adequação ou flexibilização) do meio considerado idôneo e que foi efetivamente utilizado ao caso concreto. Ademais, nunca é demais lembrar que isso não se confunde com a aplicação da teoria da substanciação ou com a irrelevância do *nomen iuris* adotado pela parte, como visto acima.[19]

[18] AMENDOEIRA JUNIOR, 2008, p. 11-12.
[19] Ibidem, p. 133.

O termo fungibilidade[20] é utilizado no processo civil pátrio em situações pontuais, como nos recursos, em relação aos interditos proibitórios (art. 920 do CPC), entre as medidas cautelares (art. 805 do CPC), no recebimento de tutela antecipada como cautelar incidental (§ 7º do art. 273 do CPC). Já a expressão conversão é utilizada pelo legislador nacional nas seguintes hipóteses como: art. conversão do rito sumário em ordinário (art. 277, § 4º e 5º do CPC), conversão, pelo relator, do recurso de agravo denegatório em Recurso Especial ou Extraordinário para julgamento deste último, se for o caso (art. 544 do CPC), conversão da ação de execução de obrigação de fazer em indenização (art. 633), conversão do arresto em penhora (art. 654), conversão do mandado monitório em mandado executivo (art. 1.102, "c" do CPC), conversão da obrigação de fazer e não fazer em perdas e danos (art. 84, parágrafo terceiro, do CDC), conversão da busca e apreensão em ação de depósito caso o bem não seja encontrado (art. 4º do Decreto-lei 911/69), conversão da execução de entrega em indenização nos Juizados Especiais (art. 52, V, da Lei 9.099/95) etc.

Por sua vez, quanto ao princípio da adaptação, poder-se-ia indicar na lei a conjugação do artigo 154 "caput" com os artigos 243 e seguintes que tratam das nulidades processuais.[21] Essas normas dispõem que, a princípio, os atos e termos processuais só ensejarão vício se a forma, prevista em lei e com cominação de nulidade, não for atendida no processo. Por outro lado, inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se por outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte. Em outras palavras, se os atos ou termos do processo previstos na lei sem cominação de nulidade atingirem sua finalidade ou não causarem prejuízo à parte, será considerado válido[22].

[20] Guilherme Teixeira explica que são quatro as situações que autorizam a aplicação prática do princípio da fungibilidade: a) quando a lei não estabelece o instrumento processual a ser utilizado no caso concreto; b) quando há, teoricamente, mais de uma solução possível e legitimada pelo sistema; c) quando a natureza da relação jurídica de direito material ou a situação fática permitem a adaptação do pedido ou da medida pedida pela parte; d) quando a parte utilizou inadequadamente um instrumento processual, não observando a forma prevista pelo legislador, mas esta não se faz necessária ao alcance do escopo do ato processual, não servindo como garantia às partes ou para a ordenação do processo. (TEIXEIRA, 2008, p. 277-278).

[21] "Salienta que a instrumentalidade das formas, ao contrário do que pode fazer crer o artigo 244 do CPC, estende-se a todas as modalidades de nulidades. Embasa sua tese no fato de que a própria lei prevê, em determinados casos, a possibilidade de uma nulidade cominada ser sanada em face do alcance do objeto da norma, na dicção do art. 249, §1º do CPC, que consagra a máxima *pas de nullité sans grief*, bem como na analogia, ao art. 249, §2º do mesmo diploma." (JARDIM, Acesso em: 01 jan. 2008, p. 11).

[22] "O que me parece importante salientar da leitura é feita destas regras – especialmente no tocante ao procedimento – é que o nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela. E sendo assim, ainda que haja no sistema uma

Fernando Gajardoni justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação: que é "*a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material*"; e b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar "*a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa*." Acrescenta o autor que a flexibilização do procedimento "*é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade*", bem como que ambos os princípios "*se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material*).".[23]

Não bastasse, o autor classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividido em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária das regras de procedimento[24].

Na flexibilização por força de lei o legislador, ou deixa a critério exclusivo do juiz eleger, com a colaboração das partes, a melhor combinação de atos processuais (flexibilidade procedimental legal genérica), ou indica algumas variantes procedimentais a serem judicialmente eleitas conforme o caso concreto (flexibilidade procedimental legal alternativa). Como exemplos da primeira hipótese seriam: o art. 153 do Estatuto da criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o art. 1.109 do CPC (jurisdição voluntária), art. 21 e § 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), art. 6º da lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), e a atipicidade das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (art. 461, § 5º, e art. 461-A, § 3º, ambos do CPC, e art. 84, § 5º, do CDC. Como exemplos da segunda hipótese, podem-se citar: a conversão do procedimento sumário em ordinário (art. 277, §§ 4º e 5º, do CPC), a

forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modele à tutela, e não o contrário." (GAJARDONI, 2008, p. 104).

[23] Ibidem, p. 134-135.

[24] "Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso país se filiou, preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental, com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização." (Ibidem, p. 138-139).

faculdade da audiência preliminar (art. 331, § 3º, do CPC), o ônus da prova (art. 333 do CPC) e a inversão (art. 6º, VI, do CDC), a interrupção do curso procedimental pela resolução antecipada do pedido (art. 285-A do CPC e art. 330 do CPC), súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do CPC), julgamento monocrático dos recursos (arts. 527, I, 557, § 1º e § 1º A, do CPC), e conversão legal dos recursos (art. 527, II e art. 544, § 3º, do CPC)[25].

Na flexibilização procedimental judicial o julgador, na falta de previsão legislativa, adéqua o procedimento aos valores concebidos na Constituição. Citam-se como exemplos: os direitos difusos e coletivos e procedimento diferenciado[26], a inversão da ordem de produção de provas, a fungibilidade procedimental, a fungibilidade entre ritos e demandas, a fungibilidade entre defesas, a fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, a fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas, a utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto, as variantes no âmbito do procedimento recursal, a flexibilização judicial dos prazos, e a flexibilização das rígidas regras sobre preclusão.[27]

Por último, quanto à flexibilização procedimental voluntária, tem-se que a parte elege o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seu direito. Assim, concilia-se o ativismo do juiz com o ativismo das partes.[28] Com isso, verifica-se a possibilidade de: flexibilização da cogência em favor da eleição do

[25] Ibidem, p. 140-180.

[26] "As técnicas diferenciadas existentes no Brasil que tentam, ou "que se propõem" a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa pode ser resumida do seguinte modo: (a) julgamento liminar de ações repetitivas (art. 285-A, CPC); (b) incidente de uniformização (art. 476, CPC); (c) afetação de julgamento a órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (art. 555, §1º, CPC); (d) uniformização de interpretação da lei federal no Juizado Especial Federal (art. 14, Lei 10.259/2001); (e) súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988 e Lei 11.417/2006); (f) julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C, CPC), entre outras." (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010. p. 133).

[27] GAJARDONI, 2008, p. 180-215.

[28] "*Limites:* A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito." (GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual – Primeiras Reflexões.* Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007. p. 4).

procedimento pela parte, prorrogação convencional de prazos e eleição do ato processual da série.[29]

Contudo essas regras, que mesmo sem previsão legal já poderiam ser consideradas como implícitas em nosso ordenamento, terão sua potencialidade extremamente alargada para sustentar as possibilidades de ajustes que traz o novo CPC, e ainda demandarão uma reformulação da teoria das nulidades e da preclusão[30], já que tornarão o sistema processual infinitamente mais flexível, inclusive quanto a algumas prescrições legais tidas como intransponíveis, se isso atender aos escopos da nova ideologia do processo.

O objetivo desses institutos é evitar as situações de extinção do feito sem resolução do mérito e a propositura de novas demandas e sua perpetuação, e, ainda, permitir que o processo avance para produzir a coisa julgada material, com uma resolução definitiva do conflito.

Ora, as hipóteses de fungibilidade e de conversão, ou dos princípios da adequação e da adaptabilidade, sempre foram vistas com ressalva pela doutrina e pela jurisprudência[31], mas nem por isso deixaram de ser aplicadas ao caso concreto quando pudesse garantir a efetiva entrega da tutela jurisdicional sem que houvesse prejuízos para as partes.

Entretanto, a nova previsão legislativa – promoção de ajuste às peculiaridades da causa - é muito mais abrangente, uma vez que, além de não trazer parâmetros para a sua execução na prática, ainda inclui a possibilidade de ajuste do ato processual em si, o que merece bastante reflexão e cautela pelos atuantes do direito e demandará toda uma logística operacional, inclusive, no que tange aos serviços cartorários.

Sem dúvida, o papel do juiz[32] na aplicação do dispositivo em comento será decisivo para o sucesso ou não do instituto, uma vez que tanto a atitude contida[33] do

[29] GAJARDONI, op. cit., p. 215-222, nota 27.

[30] "Assim, o estudo da preclusão está intimamente ligado ao formalismo, pela relação direta da elasticidade do procedimento com as prerrogativas dos sujeitos do processo." (CABRAL, 2009. p. 257).

[31] "Não obstante divergência no STF quanto à aplicação do princípio da fungibilidade fora do âmbito recursal, foram observados seis acórdãos e oito decisões monocráticas no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade em situações onde a troca não é feita entre recursos" (CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Ano 35, n. 181, p. 273-296, mar./2010. p. 294).

[32] Numa visão bastante pessimista da figura do juiz, tem-se que: "Outra falácia recorrente é a da credulidade romântica no ativismo judicial técnico processual, que permitiria flexibilizações procedimentais solitárias pelo juiz no caso concreto em face das peculiaridades de aplicação. Tal crença

magistrado quanto os excessos judiciais[34] poderão determinar os rumos da nova experiência legislativa.

4. Variação procedimental no Direito estrangeiro

No estrangeiro, observa-se que alguns ordenamentos jurídicos já dispõem de técnicas processuais que permitem uma maior disposição dos atos e das formas processuais. Aqui serão analisados apenas quatro: o estadunidense, o inglês, o francês e o português. Esse movimento pela busca de meios capazes de aprimorar a técnica processual e proporcionar uma prestação jurisdicionais mais adequada decorreu, antes de tudo, da mudança de paradigma ideológico que afetou tanto os países da *common law* como os da *civil law*.

No liberalismo do século XIX, o processo se destinava a proteger a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos, e não a observância do direito objetivo ou salvaguarda do interesse público, em decorrência da grande desconfiança em relação ao juiz, que deveria permanecer inerte no processo, submetendo-se integralmente à iniciativa das partes. Já no século XX, iniciou-se o movimento de publicização do processo civil, que dominou a doutrina[35] da época, sob a alegação de que o incremento

na sensibilidade do juiz para fazer essas adequações procedimentais solitárias, parte do dogma do protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para "sopesar" no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inevitável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão!" (NUNES, Dierle, 2010, p. 133).

[33] "Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado a uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais." (BEDAQUE, 1995, p. 65-66).

[34] "Na direção do processo, deve o juiz buscar flexibilizar a técnica, nos limites da legalidade, com o objetivo de torná-lo efetivo. É essencial que o sistema processual dote o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo. Isso advém do interesse público que o permeia." (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 13)

[35] Destaca Michele Taruffo que na maioria dos ordenamentos jurídicos comparados há tendência em fortalecer de forma simultânea e com total compatibilidade os poderes do juiz e os direitos processuais dos jurisdicionados (Investigación judicial y producción de prueba por las partes, Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 205-213, dic. 2003. p. 1).

dos poderes do Estado na sociedade ensejaria o progresso social e justificaria o poder do juiz, aumentando o acesso e a qualidade da justiça. Era o interesse público sobre o particular.

Dentre os efeitos dessa guinada ideológica destaca-se o incremento dos poderes do juiz de controlar e ajustar o desenvolvimento do procedimento de acordo com as peculiaridades da causa.

Os poderes do juiz no *adversary system*[36] norte-americano são controvertidos, uma vez que as eventuais mudanças na postura do magistrado – ao menos nas ações individuais – importam não só em uma reavaliação do sistema judiciário norte-americano, como ainda em um enfraquecimento de um sistema arraigado na cultura local (na qual a idéia ligada ao sistema inquisitório lembra a ofensa aos princípios básicos e a Inquisição). Dessa forma, permanecem apegados ao modelo adversarial.[37]

Ainda assim, há notícia de interessante movimento que ocorre nos Estados Unidos, com os chamado juízes gerenciais. Esse movimento gerencial consiste no fato dos juízes, antes e depois do julgamento, tentarem modelar o litígio e influenciar resultados. Eles negociam com as partes o curso, o tempo e a extensão pré e pós-julgamento.

Essa responsabilidade gerencial dá aos juízes grande poder. Eles trabalham longe da publicidade e sem registro, como também sem nenhuma obrigação escrita, motivação e fora do alcance recursal. É uma nova forma de "ativismo judicial", uma atitude que comumente atrai críticas substanciais. Judith Resnik alerta que os juízes gerenciais ensinam outros juízes a valorizar estatísticas, como o número de casos distribuídos, mais do que a qualidade de sua distribuição.

Finalmente, em razão de ser o julgamento gerencial menos visado e em geral não submetido a recurso, dá às cortes de julgamento mais autoridade e, ao mesmo tempo, os litigantes são providos de menos garantias processuais para protegê-los do abuso de autoridade. Em resumo, o julgamento gerencial pode estar redefinindo os critérios do que constitui um racional, justo e imparcial julgamento. São utilizadas

[36] JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: University Press, 2000. p. 175, apud AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*, cit., p. 61.
[37] BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, cit., p. 50.

técnicas gerenciais e informais, na tentativa de ganhar tempo e evitar as pressões da controvérsia pública.

Os gerenciamentos pré-julgamento e pós-julgamento assemelham-se em algumas características. Em ambos, juízes interagem informalmente com as partes litigantes e recebem informações que são consideradas inadmissíveis na tradicional sala de audiência. Gerenciamento nas duas extremidades do processo judicial leva tempo e aumenta a responsabilidade dos juízes.[38]

Fernando Gajardoni informar que o *case manegement* das cortes federais norte-americanas, elaborado à luz das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) busca a solução de conflitos por via dos meios alternativos das controvérsias (ADR) e também a flexibilização judicial do procedimento (o juiz, juntamente com as partes, estipula previamente as etapas do desenvolvimento do feito, gerenciando-o)[39], conclui:

Para fins deste estudo, o que se sobreleva notar é que o *case manegement* norte-americano parte do princípio que é dado ao magistrado e não mais exclusivamente às partes ou à lei, estabelecer qual a melhor rota a ser seguida para a solução da demanda. Seja utilizando-se dos procedimentos gerenciais reconhecidos pelo *Federal Judicial Center*, seja estabelecendo por si mesmo qual o melhor encaminhamento da causa (elaborando-se um plano próprio de condução do caso logo no início do processado), o fato é que não há vinculação do julgador aos rígidos modelos estabelecidos pelas leis processuais. A forma do procedimento é tão desimportante para o modelo de processo norte-americano (R. 61) – o que demonstra não ser ela representação alguma de justiça da decisão -, que eventuais vícios são incapazes de comprometer, como regra, o resultado dos julgamentos, sendo raríssimas as hipóteses de anulação das decisões prolatadas por vício de forma.[40]

[38] A autora entende que esse juízo gerencial altera drasticamente o mundo do litígio civil, de modo que deveria ser submetido a um debate público, bem como existir uma investigação maior sobre o que os juízes devem fazer e quais regras devem governar seu comportamento. Ela está preocupada em preservar a singular função judicial, a fim de que ela não seja desnaturada e não está convencida do descrédito da virtude do juiz desinteressado, a qual forma a base da autoridade judiciária. Alega que a sociedade americana não está preparada e deliberadamente decidida a descartar o tradicional modelo contraditório, em favor do modelo continental ou inquisitorial. Ela teme que esses movimentos se aproximem de uma administração, colocando em risco de extinção o julgamento (RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/1340797>. Acesso em: 14 jan. 2008.

[39] GAJARDONI, 2008, p. 119.

[40] Ibidem, p. 121.

Já na Inglaterra[41], também houve significativa mudança na postura do juiz, antes habituado a agir e a falar pouco. A atual tendência é a de que o juiz inglês tenha maior contato com o processo, inclusive na produção de prova.[42] Assim é que, após pesquisa elaborada pelo magistrado Lord Woolf sobre a situação da Justiça civil inglesa, em que se constatou uma série de deficiências (custo-lentidão-complexidade), houve a elaboração, no ano de 1999, de um Código de Processo Civil denominado *Rules of Civil Procedure*, que substituiu a fragmentária disciplina existente. Trata-se de uma importante transformação legislativa, que procurou utilizar linguagem uniforme e simples.

Com a promulgação das *Rules of Civil Procedure*, inúmeros poderes foram outorgados ao juiz inglês[43]. Esses poderes de gestão, alguns nomeados de *case*

[41] Sobre o assunto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 74-83, jul./set. 2000.

[42] AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil), p. 55.

[43] A regra 1.4.2 da *Civil Procedure Rules* (CPR) está implementado a postura ativa do juiz inglês na condução do processo civil, em 12 itens a saber: ***Court's duty to manage cases 1.4*** *(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently*. Não bastasse, a regra 3.1 do CPR ainda especifica outras situações autorizativas do poder de gestão do magistrado britânico, nos seguintes termos: ***The court's general powers of management*** ***3.1.*** *(1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party's legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and serve an estimate of costs; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective. (3) When the court makes an order, it may – (a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and (b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition. (4) Where the court gives directions it will take into account whether or not a party has complied with the Practice Direction (Pre-Action Conduct) and any relevant pre-action protocol. (5) The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has,*

manegement, autoriza o juiz a regular a direção do litígio e a conduzir o processo de forma a se alcançar a justiça substancial, conforme os objetivos estabelecidos.

A diretriz para a solução dos problemas detectados é o abrandamento dos excessos do *adversary system*. Incrementaram-se os poderes do juiz na direção formal do processo. Em relação à instrução do processo[44], o novo Código não chega a conceder ao juiz o poder de determinar de ofício a realização de provas, mas lhe outorga "amplas faculdades de controle da atividade probatória".[45]

Sobre o assunto, discorre Fernando Gajardoni:

> Logo na regra n. 1.4.2 *da Civil Procedure Rules* (CPR), já são apresentados 12 itens para implementação do *active case manegement* no processo civil inglês, conferindo-se ao magistrado britânico, pois, papel ativo na condução do processo. Desde já se adiante que em linhas gerais o *case manegement* inglês é semelhante ao norte-americano. Ambos operam na outorga de poderes de direção ao juiz para o alcance de um processo justo, rápido e econômico, bem como incentivam o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias. A partir da reforma operada no sistema processual civil inglês, a diferença entre ambos os modelos é a fonte normativa: o *case manegement* norte-americano, conforme veremos adiante, está fundado em disposições não legais editadas por um centro de acompanhamento do funcionamento das cortes federais (o *Federal Judicial Center*), enquanto o *case manegement* inglês tem incidência por força de disposição legal cogente (*as Civil Procedure Rules*).
>
> [...]
>
> Para entoar o escopo geral das CPR de permitir às cortes tratar dos casos individualmente e de forma justa (R.1.1.1), são estabelecidas diretrizes gerenciais para todos os julgadores: (a) identificar as

without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol. (6) When exercising its power under paragraph (5) the court must have regard to – (a) the amount in dispute; and (b) the costs which the parties have incurred or which they may incur. (6A) Where a party pays money into court following an order under paragraph (3) or (5), the money shall be security for any sum payable by that party to any other party in the proceedings. (7) A power of the court under these Rules to make an order includes a power to vary or revoke the order.

[44] Relatando os poderes instrutórios postos à disposição do magistrado inglês ver: AMENDOEIRA JUNIOR, 2006 , p. 58.

[45] BARBOSA MOREIRA, jul./set. 2000, p. 74-83.

> questões envolvidas nos casos; (b) resolver as questões simples rapidamente, e estabelecer parâmetros para a resolução das demais questões; (c) estabelecer cronogramas das providências que serão adotadas no procedimento, *inclusive determinando a ordem em que os atos serão praticados e os seus prazos*; e (d) controlar o volume de provas, limitando-as ao necessário.[46]

Não bastasse, alerta o autor que as CPR estabelecem apenas três procedimentos (*tracks, procedures,* ou *courses of actions*) para a solução das demandas, com base no valor da causa, sendo que:

> A eleição desses procedimentos, todavia, não ficou exclusivamente na esfera legislativa, ou estritamente atrelada ao valor da causa. Salvo nas situações expressamente vedadas pelas CPR, as partes e o juiz podem optar por quaisquer destes procedimentos, respeitados alguns mínimos limites legais que indicam os dados tidos como relevantes para a opção procedimental (*matters relevant to allocation to a track*), nos termos da regra de n. 26.8. Entre eles, destacam-se a complexidade dos fatos, do direito ou das evidências, o número de litigantes ou sua quantidade especial, os reflexos da decisão para pessoas que não serão partes, a quantidade de prova oral a ser produzida etc. Além disso, na constatação desses dados tidos por relevantes no curso do processo, nada impede que o procedimento seja modificado *(re-allocation track*), com a adoção de *iter* padrão diverso do inicial (R. 26.10), independentemente, repita-se, do valor da causa."[47]

Por fim, quanto ao êxito da reforma inglesa, novamente Fernando Gajardoni[48]:

> A reforma processual civil inglesa, de acordo com fontes do governo britânico, foi considerada exitosa logo após três anos de adoção da CPR. Acompanhamento estatístico da reforma mostrou que o tempo médio de julgamento de um caso nas

[46] GAJARDONI, 2008, p. 113-114.
[47] Ibidem, p. 114-115.
[48] Ibidem, 2008, p. 117-118.

> cortes locais caiu de 639 dias em setembro de 1997 (antes das CPR) para 498 dias em 2000-2001. Revelou, ainda, que o tempo entre a reclamação e a audiência inicial nos juizados de pequenas causas, apesar de aumentar logo após a introdução das CPR, começou a cair a partir de 2002. E que a substituição do primeiro ano de vigência da reforma, de um aumento significativo de casos submetidos aos meios alternativos de solução das controvérsias (ADR), o que está contribuindo para a formação de uma cultura jurídica menos adversarial na Inglaterra e para a diminuição do número de demandas ajuizadas.

Na França[49], a preocupação contemporânea está em enfrentar a inflação contenciosa, acelerando, ao mesmo tempo, o procedimento. Para tanto, foram reforçados os poderes instrutórios do órgão judicial[50]. Segundo Roger Perrot:

> Ao longo deste meio século, o processo civil francês foi consideravelmente renovado, por força de uma reforma global que entrou em vigor em 1981. Essa reforma caracterizou-se antes de tudo pela notável ampliação dos poderes do juiz, à luz da idéia diretriz, de origem alemã, segundo a qual, se as partes têm o ônus de alegar os fatos, em compensação o juiz tem a missão de dizer o direito.[51]

Ademais, iniciou-se no direito francês um movimento traduzido na necessidade da existência de um modelo jurídico negocial ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado. Em consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes, tema aparentemente paradoxal com o processo, que é um desacordo. Essa novidade representa um projeto de democratização da justiça, uma vez que harmoniza o princípio da cooperação dos juízes e das partes com o princípio do contraditório, princípios estes que direcionam o

[49] Interessantes considerações sobre o ordenamento jurídico francês, retratando as perspectivas do futuro, podem ser encontradas em: PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 2000.
[50] BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 50.
[51] PERROT, jul./set. 2000, p. 207.

processo civil francês, através de técnicas contratuais.[52] A possibilidade de modificação contratual do procedimento no direito francês vem estabelecida no Décret n.º 2005-1678 du 28 décembre 2005.[53]

Diferentemente dos dois sistemas primeiramente citados, no direito francês observa-se uma maior cooperação entre o juiz e as partes para fins de estabelecer acordos processuais. Além disso, a contratualização do processo é ampla e se revela de várias formas, como as convenções que visam evitar o processo, das que ocorrem durante o processo, de acordos relativos ao juiz, dentre outras.[54]-[55]

Verifica-se, pois, que os dois primeiros sistemas preferiram conferir um amplo poder discricionário ao juiz para dirigir o processo da forma que melhor convier à entrega da efetiva tutela jurisdicional. Já no sistema francês, concede-se grande poder às partes de condução do processo, através de contratos de procedimentos.

Em Portugal, desde a reforma do CPC de 1995 (Decreto-lei n. 329-A/95, posteriormente retificado pela Lei n. 28/96, implementado pelo Decreto-lei n. 180/96) [56], foi instituído o art. 265-A, que trata do princípio da adequação formal, contendo disposições bem semelhantes ao que ora se pretende instituir no Projeto do CPC brasileiro, ou seja, conferindo amplo poder de gestão processual ao juiz portugues[57] para a promoção de adaptações procedimentais.

---

[52] Cf. CADIET, Loïc. Conventions relatives au process en droit français. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano33, n.160, p. 61-82, jun./ 2008.

[53] Estabelece o referido Decreto: *Article 23. Le troisième alinéa de l'article 764 est remplacé par les dispositions suivantes: « Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. « Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. « Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. « Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.*

[54] CADIET, Loïc. Conventions relatives au process en droit français. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano33, n.160, p. 61-82, jun./ 2008.

[55] "E essa colaboração deve ser buscada espontaneamente pelas partes e pelo Estado, tanto por mecanismos legais quanto por instrumentos consensuais. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo plural entre os sujeitos do processo em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, como, por exemplo, prazo limite para alegações, prazo para julgamento, troca de documentos, dispensa de recursos etc." (CABRAL, 2009, p. 219).

[56] O poder de adaptação do procedimento do juiz português está normatizado no Código de Processo Civil lusitano, da seguinte forma: *Art. 265-A: "Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações*.

[57] "A circunstância de o juiz poder agora fazer tudo também em matéria de formas processuais não significa, bem entendido, que não haja limites à sua gestão processual. Os direitos à decisão da causa em

Sobre o novo modelo processual afirma Fernando Gajardoni:

> Com efeito, o novo princípio da adequação formal vem romper com o apertado regime da legalidade das formas processuais. Através dele, visa-se remover um obstáculo ao acesso à justiça em obediência à natureza instrumental da forma do processo; se a tramitação prevista na lei não se adequar ao fim do processo. Conferem-se, então, os correspondentes poderes ao juiz para adaptar a sequência processual às especificidades da causa apresentada em juízo, reordenando os atos processuais a serem praticados no *iter*, inclusive com a determinação da prática de ato não previsto ou a dispensa de ato inútil previsto, ou ainda com a alteração da ordem dos atos abstratamente disciplinados em lei.
>
> [...]
>
> Acrescente-se a isso, ainda, o fato de que não há antecedentes históricos, tampouco paralelos em direito comparado, a facilitar a interpretação do novel princípio na extensão em que foi contemplado pelo CPC português.
>
> Por isso, a doutrina portuguesa vem se esforçando para traçar limites à aplicação do dispositivo, bem como obviar as hipóteses práticas de sua utilização.[58]

Não bastasse, em 16/10/2006 foi instituído o chamado *regime processual civil experimental*, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilização do processo, mitigando-se o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Trata-se do estabelecimento de um processo comum regulado por lei especial[59]. Cabe registrar que nesse curioso fenômeno o ocorrido em Portugal, denominado *regime processual experimental*, a legislação processual portuguesa implementou um regime

prazo razoável e ao processo equitativo, acolhidos na Constituição (art. 20.º, n. 4), nomeadamente no que respeita aos princípios do contraditório, de igualdade de armas, da imparcialidade, da economia processual e ao direito à fundamentação das decisões; o fim do processo e a natureza contenciosa da jurisdição constituirão exemplos desses limites." (MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, n.170, p. 215 -250, dez./ 2009. p. 234).

[58] GAJARDONI, 2008, p. 126-127.

[59] Cf. FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.

processual civil mais simples e flexível, visando privilegiar a participação dos sujeitos do processo, estimulando o contraditório.

Suas características marcantes são a cooperação[60] e a atribuição de poderes efetivos ao juiz, que assume a direção do processo, aplicando ao caso concreto a regra mais racional. Essas regras são aplicadas somente em tribunais de elevada movimentação processual e serão avaliadas pelo Ministério da Justiça, sendo que, inicialmente, as regras estavam previstas para serem revistas ao final do prazo de dois anos (número 2 do art. 20 do Decreto-Lei nº 108/2006), mas tal dispositivo foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 187/2008.

A lição que se extrai do sistema lusitano é a de que o direito processual português, pautado em certos costumes enraizados no sistema romano-germânico, não estava funcionando a contento, gerando a necessidade haver mudanças capazes de efetivamente atender aos consumidores da Justiça. Nas palavras de Moreira Pinto:

> O modelo autoritário do processo, calcado no individualismo, cedeu espaço ao espírito humilde e construtivista, sob a participação de todos os sujeitos atuantes, em prol da efetiva realização do direito material. A antiga tendência, consubstanciada no paradigma liberal do processo, de situar as partes como as figuras centrais da demanda, relegando o juiz a um personagem passivo e desinteressado, não mais sobrevive na dinâmica da realidade da moderna processualística lusitana.[61]

Contudo, a doutrina[62] indica que apesar dos dois esforços legislativos supracitados, observa-se dos anos já percorridos que, na prática, não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma efetiva adesão dos operadores do direito. Assim, os destinatários da norma não souberam ou não quiseram colocá-la em funcionamento, seja por ainda não terem despertado para uma nova

[60] "O art. 266 do CPC de Portugal é aquele que melhor dispõe sobre os deveres de cooperação, destacando que todos devem concorrer para a justa composição do litígio. Em seguida, expressa o dever de esclarecimento e menciona, no art. 266-B, deveres de urbanidade e correção recíprocos entre os sujeitos do processo." (CABRAL, 2009, p. 252).

[61] MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32. n. 148. p. 169-180, jun. 2007. p. 172.

[62] MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 277-290.

perspectiva processual, seja por estarem presos aos paradigmas precedentes da concepção liberal do processo.

Nesse passo, a iniciativa legislativa não surtiu o esperado efeito nos sujeitos processuais, o que comprometeu ou inviabilizou a adoção de uma postura diferente dentro do processo, a fim de possibilitar consequentes benefícios e resultados para a eficiência da justiça. Em resumo, as inovações processuais não foram acompanhadas do que os portugueses chamam de *reforma de mentalidade*.

Concluindo o tópico, observa-se que os grandes sistemas jurídicos – cada qual com as suas peculiaridades – estão gradativamente reconhecendo e/ou implementando o aumento da iniciativa do órgão judicial, seja por partilharem das ideias do publicismo, seja sob a justificativa de se atender à exigência constitucional da efetividade.

Como essas alterações ideológicas e práticas são relativamente recentes, tanto em relação à legislação quanto em relação ao estabelecimento de uma cultura de flexibilização nos ordenamentos mencionados, resta aos juristas apenas observar a evolução dos novos institutos[63], para, se for o caso, aprender as novas técnicas e incorporar no processo civil brasileiro o que tiver êxito e for compatível com a nossa realidade jurídica.

De qualquer modo, ainda que de forma incipiente, é possível que a doutrina e a jurisprudência dos ordenamentos que adotam o liberalismo mitiguem os exageros do privatismo, a fim de que o processo e a verdade não fiquem tão reféns do voluntarismo e do capricho das partes.

5. Espécies de flexibilização procedimental

São três os modelos de flexibilização identificados pela doutrina: (i) por imposição legal (ex.: art. 654, conversão do arresto em penhora, do CPC brasileiro); (ii) decorrente de ato judicial (ex.: o *case management* inglês e as adaptações do procedimento do direito português); e (iii) por ato das partes (ex.: contract de procèdure do direito francês).

Entretanto, parece que o Projeto do CPC estabelece uma quarta categoria de variação procedimental, que mistura a flexibilização por imposição legal e a decorrente

de ato judicial. Assim, tanto as hipóteses expressamente autorizadas na lei como as que forem criadas pelo juiz podem ser consideradas como forma de adaptação procedimental.

6. Flexibilização procedimental no projeto do CPC brasileiro

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente convertido no Projeto de Lei do Senado – PLS 166/10, prevê em duas oportunidades a possibilidade de variação procedimental.

A primeira referência está estabelecida logo no Título VI (Do juiz e dos auxiliares da justiça), Capítulo I (Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz), art. 107, V, nos seguintes termos:

> Art. 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;

Já a segunda menção à flexibilização do procedimento está prevista no Título VIII (Dos atos processuais), Capítulo I (Da forma dos atos processuais), Seção I (Dos atos em geral), § 1º do artigo 151 do Anteprojeto e vem assim redigido:

> Art. 151. 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 preencham 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.

Verifica-se, pois, que o modelo de flexibilização procedimental adotado pelo novo Código é o por imposição legal, e atribui ao juiz poderes amplos e discricionários

para modelar o procedimento e os atos processuais de acordo com as especificidades da causa, desde que observado o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, a lei não estabeleceu qualquer parâmetro, exemplo ou limite sobre o tema, de modo que a flexibilização procedimental ainda vai demandar muito amadurecimento científico e pragmático, sendo que só o cotidiano forense será capaz de modelar o desenvolvimento do instituto em nossa cultura jurídica.

Conforme já mencionado, em Portugal, desde a reforma do CPC de 1995, foi instituído o art. 265-A, contendo disposições bem semelhantes ao que ora se pretende instituir no Projeto do CPC brasileiro, ou seja, conferindo amplo poder de gestão processual ao juiz para a promoção de adaptações procedimentais. Posteriormente, em 16/10/2006 foi implementado o chamado *regime processual civil experimental*, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilização do processo, mitigando-se o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Entretanto, constatou-se que a referida novidade não trouxe grandes evoluções ou benefícios para o direito processual lusitano pela falta de aderência mental e prática dos aplicadores do direito.

Essa realidade faz com que fiquemos sem muitas referências quanto ao sucesso do funcionamento da flexibilização procedimental em outros ordenamentos e quanto à segurança para desenvolver o referido instituto no Brasil, já que, além de inédito, traz consigo alterações profundas e radicais em nosso sistema processual, afetando outros institutos como o da nulidade e o da preclusão, o que muda completamente toda a dinâmica estrutural e ideológica do processo.

Isso porque não há qualquer indicativo da forma e dos limites da flexibilização do procedimento, o que poderá, na prática, trazer inúmeras dúvidas e problemas processuais, sem contar com risco de não se entender a mecânica do instituto ou então de se causar um amplo dissenso de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência, ensejando uma indesejada insegurança jurídica que pode comprometer, em última análise, a própria aceitação dessa técnica.

Por outro lado, deverá existir um controle pelo juiz em relação ao grau de disposição postulado pelas partes, a fim de que seja resguardado o interesse público inerente ao direito processual. Desse modo, não será uma tarefa fácil nem para as partes – que deverão ser razoáveis quando do requerimento de flexibilização - e nem para os

juízes – que deverão estar atentos para não violarem ou para controlarem a ordem pública processual.[64]

Ademais, a flexibilização do procedimento acarreta, necessariamente, a alteração drástica de todo o sistema de nulidades processuais e de preclusão, sendo que, sem a harmonização dos três institutos, não há como ser concebida a referida inovação processual.

Assim, os conhecidos defeitos processuais não poderão ser reconhecidos como antes, ou seja, isoladamente, sem que haja uma avaliação sistemática do contexto processual em que a forma e/ou o ato se expressou de modo mais maleável.

7. Conclusão

1) Na atualidade, repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado.

2) Dentre as diversas alterações normativas que acompanharam a trajetória de um novo modelo de processo, está a flexibilização do procedimento, previsto no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente convertido no Projeto de Lei do Senado – PLS 166/10. Trata-se de intrigante iniciativa e que demandará muita reflexão e amadurecimento jurídicos, além de grande observação de sua aplicação pela jurisprudência.

3) A inserção da flexibilização do procedimento no ordenamento brasileiro acompanha uma tendência já vem sendo adotada por outros sistemas jurídicos, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal.

[64] "Portanto, nem as partes nem o juiz, solitariamente, são capazes de atingir um resultado melhor. É necessário trabalhar em conjunto. Identifica-se, no processo atual, uma "máxima de cooperação (*Sammelmaxime*, na expressão de Holzhammer), que reflete não só uma divisão de trabalho, umas uma repartição de responsabilidades entre juiz e partes na condução e nos resultados do processo." (CABRAL, 2009, p. 217).

4) Identificam-se quatro modelos de flexibilização: (i) por imposição legal; (ii) decorrente de ato judicial; (iii) por ato das partes; e (iv) o sistema em que a lei autoriza a variação e, ao mesmo tempo, permite adaptações decorrentes de ato judicial.

5) As hipóteses de fungibilidade e de conversão, ou dos princípios da adequação e da adaptabilidade, sempre foram vistas com ressalva pela doutrina e pela jurisprudência, mas nem por isso deixaram de ser aplicadas ao caso concreto quando pudesse garantir a efetiva entrega da tutela jurisdicional sem que houvesse prejuízos para as partes. Entretanto, a nova previsão legislativa – promoção de ajuste às peculiaridades da causa - é muito mais abrangente, uma vez que, além de não trazer parâmetros para a sua execução na prática, ainda inclui a possibilidade de ajuste do ato processual em si, o que merece bastante reflexão e cautela pelos atuantes do direito e demandará toda uma logística operacional, inclusive, no que tange aos serviços cartorários.

6) O papel do juiz na aplicação da variação procedimental será decisivo para o sucesso ou não do instituto, uma vez que tanto a atitude contida do magistrado quanto os excessos judiciais poderão determinar os rumos da nova experiência legislativa.

7) Verifica-se que essas alterações ideológicas e práticas são relativamente recentes, tanto em relação à legislação quanto em relação ao estabelecimento de uma cultura de flexibilização nos ordenamentos mencionados, de modo que resta aos juristas apenas observar a evolução dos novos institutos, para, se for o caso, aprender as novas técnicas e incorporar no processo civil brasileiro o que tiver êxito e for compatível com a nossa realidade jurídica.

8) A flexibilização do procedimento acarreta, necessariamente, a alteração drástica de todo o sistema de nulidades processuais e de preclusão, sendo que, sem a harmonização dos três institutos, não há como ser concebida a referida inovação processual. Dessa forma, os defeitos processuais não poderão ser reconhecidos como antes, ou seja, isoladamente, sem que haja uma avaliação sistemática do contexto processual em que a forma e/ou o ato se expressou de modo mais maleável.

8. Referências bibliográficas

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).

_____. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 99, p. 4-83, jul./set. 2000.

_____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CADIET, Loïc. Conventions relatives au process en droit français. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano33, n.160, p. 61-82, jun./ 2008.

CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Ano 35, n. 181, p. 273-296, mar./2010.

FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenação Carlos Alberto Carmona).

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, out./dez. 2007. Disponível em: <www.revistaprocessual.com>. Acesso em: 08 fev. 2008.

_____. O processo de execução. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. 407 p.

JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf. Acesso em: 01 jan. 2008.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias (o regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, n.170, p. 215 -250, dez./ 2009. p. 234.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32. n. 148. p. 169-180, jun. 2007.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. – (Coleção Atlas de Processo Civil/ coordenaçã o Carlos Alberto Carmona).

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 2000.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/1340797>. Acesso em: 14 jan. 2008.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção temas fundamentais de direito; v. 4).

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 205-213, dic. 2003.

TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 13).

SEGUNDA PARTE

TEMAS GERAIS

A INTERVENÇÃO DO FIADOR COMO ASSISTENTE NA EXECUÇÃO CIVIL COM BASE NO ART. 834 DO CÓDIGO CIVIL

Antonio Adonias Aguiar Bastos
Doutorando e Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil na pós-graduação lato sensu e na graduação da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade de Direito da UNIFACS (Universidade Salvador). Advogado (adonias@adonias.adv.br).

1. Introdução

O presente texto visa a estudar a atuação do fiador na execução civil com base no art. 834 do Código Civil, que assim estatui:

> Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.

Trata-se de questão controvertida na doutrina, havendo quem defenda tratar-se de hipótese de legitimidade extraordinária e concorrente, ao passo que outros juristas afirmam tratar-se de assistência simples.

Para tanto, examinaremos as espécies de intervenção cabíveis na atividade processual satisfativa, detendo-nos sobre a assistência. Primeiramente, porque ainda não há consenso doutrinário acerca da possibilidade da aplicação de tal instituto à execução. Em segundo lugar, porque consiste num dos posicionamentos defendidos pela doutrina acerca da incidência do art. 834 do Código Civil.

Seguiremos, então, para o nosso objetivo principal, abordando conceitos que lhe são indispensáveis, como os da legitimidade ordinária e da legitimação extraordinária, para delimitar quais são os poderes que o fiador possui ao atuar em juízo com fulcro no mencionado dispositivo legal substantivo.

2. A intervenção de terceiros na execução civil[1].

A doutrina pacificou o entendimento de que as formas de intervenção de terceiros criadas para o processo de conhecimento e reguladas pelos arts. 50 a 80 do CPC são inaplicáveis à demanda executiva, à exceção da assistência, que é objeto de divergência entre os juristas.

2.1. Denunciação da lide e chamamento ao processo.

Com efeito, a execução judicial visa à prática de atos concretos, forçando o executado a cumprir determinada obrigação já certificada em título judicial ou extrajudicial[2]. Neste passo, a certificação do direito em um título judicial ou extrajudicial é premissa para a atividade satisfativa, atendendo ao princípio "*nulla executio sine titulo*".

De outro lado, a denunciação à lide é modalidade de intervenção provocada de terceiros, nas hipóteses do art. 70 do CPC, que permite ao autor ou ao réu da demanda cognitiva obter sentença condenatória em face do litisdenunciado, em demanda regressiva de garantia, na eventualidade de o denunciante sair sucumbente, como estatui o art. 76 do mesmo *Codex*.

Também o chamamento ao processo visa à obtenção de certificação do direito de regresso do fiador ou do devedor acionado, em face daquele que deveria pagar em caráter principal ou dos co-obrigados, segundo a dicção do art. 80 do Código.

Como se vê, denunciação e chamamento[3] são incompatíveis com a execução, seja porque a certificação é o fim daquelas e a premissa desta[4]; seja porque não há como

[1] Não estamos preocupados, aqui, com a intervenção de terceiros na defesa do executado. Fizemos tal análise no livro "A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006" (2008, p. 25).

[2] Enrico Tullio Liebman (1968, p. 04) diz ser a execução "desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar a atuação à sanção (...); em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tenda a regra jurídica que não foi obedecida". José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 186-187) afirma que a execução visa *atuar praticamente* a norma jurídica que disciplina a situação litigiosa, aduzindo que, na maioria dos casos, ela é precedida da respectiva formulação pelo órgão judicial, mas que existem hipóteses em que a lei confere eficácia executiva a certos títulos, "considerando que neles já se acha contida a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes", dispensando a prévia cognição judicial.

[3] Nesta senda: 3ª Câmara do TAMG, AI 304.370-9. Rel. Juiz Kildare Carvalho.

operacionalizar certificação e satisfação simultaneamente num único e mesmo procedimento[5]. No âmbito dos títulos cambiais que também sejam executivos, Humberto Theodoro Junior (2008, p. 99) anota que o "direito cambiário já contém um sistema próprio de estabelecer os direitos regressivos, que dispensa a sentença judicial"[6].

Referindo-se às lições de Antônio Rodrigues Porto, Humberto Theodoro Junior (2008, p. 101) aduz que a admissibilidade do chamamento implicaria em retirar todo o sentido do art. 595, parágrafo único, do CPC. De acordo com este dispositivo, o "fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo". Para tanto, não precisará obter uma sentença de mérito, reconhecendo o direito de regresso. Se houvesse a necessidade de obtê-la, inócuo seria o dispositivo em comento.

2.2. Oposição.

Pela oposição, o terceiro que pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, ingressar espontaneamente no processo, postulando uma certificação a seu favor e excluindo o direito das partes originárias, que passarão a atuar como litisconsortes passivos e simples (art. 56). Com efeito, a procedência da pretensão do opoente possuirá eficácia declaratória em relação ao autor primitivo, na medida em que afirma não ter ele o direito postulado em sua inicial; e condenatória em relação ao réu originário, determinando que transmita ao interveniente o direito ou a coisa litigiosa.

---

[4] Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64; 2003, p. 274-275), Araken de Assis (2007, p. 387) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157). O primeiro doutrinador afirma: "O objeto principal da denunciação da lide é a instauração, por iniciativa do demandante, de verdadeira ação de regresso exercitável *eventualmente* em face do denunciado, valendo-se da mesma base procedimental em que aciona ou em que é acionado. A doutrina não hesita em reconhecer a denunciação da lide como hipótese de *cumulação sucessiva* de ações (demandas) em um mesmo processo. Sua natureza *condenatória*, ademais, é indisfarçável, não obstante a redação do art. 76 do Código de Processo Civil. Se assim é, não há como admitir a denunciação da lide nos processos de execução, em que preexiste título executivo, incabível a formação de outro, sem enorme prejuízo para a economia processual". (2003, p. 274-275) (itálicos já existentes na versão original). Quanto à não aplicação do chamamento na execução: "A exemplo da denunciação da lide, o objetivo do chamamento ao processo é a criação de título executivo judicial em face dos chamados. Independentemente do entendimento sobre *quem* poderá beneficiar este título – é dizer: se só o chamante, em ação regressiva; ou se também o autor, que poderá, a final, executar a sentença indistintamente contra qualquer dos réus, chamante(s) ou chamado(s) –, não há como entender possível o chamamento nos processos de execução ou cautelar" (BUENO, 2003, p. 311-312).

[5] Neste sentido: Araken de Assis (2007, p. 387) e Celso Agrícola Barbi (1994, p. 212 e 219-220).

[6] Também assim: 1ª Turma do STF, RE 91.581/SP. Rel. Min. Xavier de Albuquerque.

Assim como as formas de intervenção já analisadas, a oposição visa à certificação de um direito de posse ou propriedade que o opoente entende ser seu, e não das partes originárias, razão pela qual não se coaduna com a finalidade da demanda executiva, que pressupõe a certificação, rumo à satisfação[7].

No exercício da magistratura, José Roberto dos Santos Bedaque relatou o acórdão da apelação n.º 728.587-4 (12ª Câmara Cível do 1º TACSP), cuidando do assunto:

> Verifica-se, pois, que duas razões impedem seja a oposição admitida em processo executivo. Primeiro, porque não se discute a respeito de posse ou propriedade de bem. Além disso, inexiste sentença reconhecendo direito a qualquer das partes. Se os apelantes pretendem seja-lhes assegurada a posse ou propriedade de imóvel submetido a constrição judicial em processo de execução, devem valer-se da via processual adequada. A oposição seguramente não se presta a esse objetivo. São eles, portanto, carecedores da ação, visto que pleitearam tutela jurisdicional inadequada para a situação fática descrita na inicial. Não têm interesse processual. (...)

Se um terceiro entende possuir um direito em face do exeqüente, deverá, em outro processo, mover ação contra ele, seja executiva ou cognitiva, conforme possua, ou não, título. Contudo, não pode pretender que o executado lhe entregue diretamente o bem da vida perseguido pelo seu credor. Se, diversamente, pretende retirar constrição sobre bem que entende seja seu e que não deveria ter sido objeto de penhora, deverá manejar os embargos de terceiro.

2.3. Nomeação à autoria.

A nomeação à autoria, regulada pelos arts. 62 a 69 do CPC, consiste num dever processual do detentor ou do preposto, que foi acionado indevidamente, nas hipóteses específicas de detenção e de preposição, visando à correção do pólo passivo da relação

[7] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 276) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157).

processual[8], indicando o verdadeiro possuidor ou o preponente, que ocupará o lugar do réu originário, sendo este excluído do processo. O conserto tem em vista o aproveitamento do processo já iniciado, em face da aparência de correção quanto à indicação do réu, sem lhe causar prejuízo à defesa e permitindo a futura certificação do direito (resolução do mérito)[9].

Não configuradas as situações expressamente previstas na legislação, haverá a extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Não tendo sido positivado para a utilização na execução, o instituto lhe é inaplicável[10]. Neste passo, a indicação equivocada do executado implicará na extinção da execução por ilegitimidade[11].

Ademais, a identificação do executado dá-se a partir da leitura do título ou dele e de outros documentos, quando se tratar de legitimidade passiva derivada. Vale frisar, ainda, que não existe, na própria execução, momento adequado para a recusa da legitimidade atribuída pelo título[12].

2.4. Formas próprias de intervenção de terceiros na execução civil.

Dissemos alhures que as formas de intervenção de terceiros criadas para o processo de conhecimento e reguladas pelos art. 50 a 80 do CPC são inaplicáveis às demandas satisfativas, à exceção da assistência, que é objeto de debate doutrinário, como veremos a seguir. Contudo, isso não significa que não seja possível a intervenção na execução. Em realidade, elas adquirem formas próprias e específicas (o que não significa que sejam exclusivas), estando diluídas ao longo do Livro II do CPC[13]. Como exemplos, podemos mencionar as seguintes situações: recaindo a penhora sobre bem hipotecado, far-se-á necessário convocar o respectivo titular do gravame, nos termos dos arts. 615, II, e 698 do CPC; o art. 626 do CPC determina que se expeça mandado contra o terceiro adquirente de coisa alienada quando já litigiosa; o art. 634 autoriza o

[8] José Roberto dos Santos Bedaque (In: MARCATO, 2004, p. 173) afirma que a finalidade da nomeação "é possibilitar que o real ocupante da situação legitimante integre o processo"
[9] Teori Albino Zavascki (2004, p. 157).
[10] Nesta esteira: 3ª Turma do TRF da 1ª Região. Apelação 93.01.33023-7/MG. Relator Juiz Olindo Menezes.
[11] Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 203).
[12] Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 203).
[13] Araken de Assis (2007, p. 387) e Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64).

cumprimento de obrigação de fazer por terceiro indicado pelo exeqüente; o art. 655, § 2º, determina a intimação do cônjuge do executado quando a penhora recai sobre imóveis; o art. 685-A, § 2º, garante a possibilidade de a adjudicação ser realizada pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado.

3. A assistência na execução civil.

Como já adiantamos, o cabimento da assistência na demanda satisfativa é objeto de divergência doutrinária.

Sabe-se que ela consiste na intervenção espontânea de terceiro que possui interesse jurídico[14], com o fito de auxiliar uma das partes a sagrar-se vitoriosa, ou, nos termos do art. 50, para "que a sentença seja favorável a uma delas", em uma causa que esteja pendente, como define Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 129):

> A intervenção por *assistência* é uma forma de intervenção *espontânea*, e que ocorre não por via de ação, mas sim por *inserção* do terceiro na relação processual pendente. (itálicos existentes na versão original)

O interveniente deve ter, portanto, interesse jurídico na demanda, podendo este ser reflexo ou qualificado. Na primeira situação, caracteriza-se a assistência simples, em que o assistente mantém relação jurídica com o assistido, e não com a parte adversa (art. 50)[15]. O direito litigioso não diz respeito diretamente ao terceiro. Sua relação jurídica material não é objeto do processo[16]. Por isso, inclusive, ele subordina-se à parte a quem auxilia. Caso haja contrariedade entre as manifestações do assistente e do assistido, prevalecerá as deste. Na segunda, a assistência é litisconsorcial, na medida em que o terceiro relaciona-se diretamente com o adversário do assistido (art. 54), circunstância

[14] José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81) frisa que "só o interesse juridicamente protegido legitima a intervenção. Não basta o interesse econômico, moral, científico, ou qualquer outro".
[15] Neste sentido: José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81).
[16] Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 129) ensina que "O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, não formula pedido algum em prol de direito seu. Torna-se *sujeito* do processo, mas não se torna parte. O assistente insere-se na relação processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, de ajudar ao *assistido*, pois o assistente tem *interesse* em que a sentença venha a ser favorável ao litigante a quem assiste" (itálicos existentes na versão original).

em que "a relação jurídica inserida no processo tem por objetivo o mesmo bem da vida objeto da relação entre o assistente e o adversário do assistido", como leciona José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81). Aqui, o assistente é direta e imediatamente vinculado à relação jurídica objeto do processo[17]. Por tal razão, os poderes processuais do assistente são amplos, podendo praticar atos que visem a beneficiar o assistido, mesmo contra a vontade deste[18].

Humberto Theodoro Junior (2008, p. 80) entende não ser o instituto aplicável à demanda executiva, sob o fundamento de que "o processo de execução não tende à obtenção de sentença, mas apenas se destina à prática dos atos concretos de realização coativa do crédito do autor". Inexistindo julgamento de mérito, "faltaria a possibilidade jurídica de o assistente coadjuvar, a parte a obter sentença favorável, que é o objeto específico do instituto da assistência", admitindo-a apenas nos embargos, por serem uma ação de conhecimento. Alcides de Mendonça Lima (1991, p. 90-96) não a admite na execução, seja ela fundada em título judicial ou extrajudicial, nem na impugnação à execução por título judicial:

> Entendemos, assim, que a assistência, na execução (...) deve ser *vedada*, se for baseada em título *judicial*, porque a ajuda, o auxílio e a cooperação já se exauriram com a sentença exeqüenda, nada mais restando a fazer em benefício do credor ou do devedor e, conseqüentemente, do próprio pretendido assistente, qualquer que seja a posição por ele assumida junto à parte principal. (LIMA, 1991, p. 96) (itálico existente no original)

O mencionado jurista apenas a admite nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, por tratar-se de ação de conhecimento.

Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64) afirma ser cabível a assistência na execução, "toda vez que houver espaço ou necessidade de o juiz desenvolver alguma atividade cognitiva", exemplificando com o ingresso daquele que possui responsabilidade pela dívida, pretendendo sustentar a posição jurídica do executado (assistido) em detrimento do adversário comum (o exeqüente). Araken de Assis (2007,

[17] Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 134).
[18] Debate a doutrina, sem conclusão pacífica, se o assistente litisconsorcial figura como parte ou como terceiro ao ingressar espontaneamente no processo.

p. 406) aduz que os conceitos do Livro I do CPC foram "calibrados" para o processo de conhecimento, já que o legislador considerou "despicienda uma parte geral, onde os institutos afins às estruturas concebidas, ou seja, aos processos de conhecimento, de execução e cautelar, fossem tratados equilibradamente". Nesta senda, cabe ao intérprete examinar as normas do Livro I, voltadas ao processo de conhecimento, rejeitando as incompatíveis com a execução e adaptando as demais, "em que pesem umas e outras oscilarem, muita vez, em zonas duvidosas". O jurista afirma ser a assistência cabível na execução. Primeiramente, por haver sentença em tal atividade (art. 795), podendo ela favorecer ao exeqüente, no caso de satisfação (art. 794, I), ou ao executado, quando ocorre a extinção sem perda patrimonial; e pela circunstância de o art. 50 não aludir à "sentença de mérito", mas, simplesmente, à "sentença".

Ainda no campo dos argumentos hermenêuticos, Eduardo José da Fonseca Costa (2006, p. 35) entende que a expressão "sentença" não deve ser interpretada literalmente, devendo ser considerada como "tutela jurisdicional", que, para o doutrinador, significa, em síntese, o "resultado útil final da experiência processual em favor de quem tem razão". Para ele, "o essencial para a intervenção adesiva simples é a existência do interesse jurídico na vitória do assistido, satisfazendo-se o seu direito por atos de execução forçada ou obtendo-se sentença favorável de mérito" (2006, p. 40).

Com efeito, não podemos confundir sentença e tutela jurisdicional, ou jurídica. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 203) afirma que o último instituto consiste na "efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite". José Joaquim Calmon de Passos (2004, p. 19-20) distingue a prestação jurisdicional da tutela jurídica da seguinte maneira:

> Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional* da *tutela jurídica*. São coisas diversas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à decisão, sempre devida, em face do exercício, por qualquer pessoa física ou jurídica, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado pelo sujeito que exercitou o direito de ação, que lhe é devido segundo prescrição

> do direito positivo do sistema em que atua o julgador, ou seu indeferimento, por ser o réu o merecedor de ter seu patrimônio ou sua pessoa preservados da ingerência nele pretendida pelo autor.
>
> A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada a todos que a reclamem. Já a tutela jurídica diz respeito a um bem da vida que transcende o processo e cuja obtenção se pretende *mediante o processo*. A prestação jurisdicional, portanto, faz-se presente em todo processo. A tutela jurídica, diversamente, ainda quando *se pretenda* obtê-la mediante o processo, pode deixar de nele ocorrer, sem que deixe de existir a prestação da atividade jurisdicional (sentença). E assim é porque são coisas distintas o *direito à prestação da atividade jurisdicional*, direito a uma resposta do juiz à postulação que lhe é dirigida (direito a uma sentença) e o *direito ao bem da vida*, atribuído a alguém pelo ordenamento jurídico e perseguido mediante o processo, bem da vida que é o objeto do direito subjetivo material que se quer ver certificado e aplicado no processo. Mas a pretensão à prestação da atividade jurisdicional, que se formaliza com o processo é, por seu turno, um bem da vida, uma vantagem, objeto de um *outro* direito subjetivo público, constitucionalmente assegurado a todo e qualquer sujeito de direito, pelo ordenamento – o direito de ação (itálico existente no original).

Neste passo, a sentença corresponde à entrega da prestação jurisdicional (e não da tutela jurídica) pelo juízo de 1º grau. Na atividade cognitiva, ela pode ser terminativa, nos termos do art. 267 do CPC, caso em que o litígio não é resolvido e não há a concessão da tutela jurídica, como também pode ser de mérito, nos termos do art. 269 do mesmo Diploma, situação em que se concede a tutela, afirmando a existência do direito a uma das partes. Como vimos, a atividade satisfativa não é voltada para o acertamento de uma relação jurídica, mas isso não a torna desprovida de resultado útil em potencial, que consiste na efetivação do comando jurídico particularizado constante no título. A tutela (o direito ao bem da vida, objeto da pretensão autoral) pode ser concedida ao exeqüente. Caso isso aconteça, o Estado terá protegido o seu direito não mais com a certificação, mas com a efetivação respectiva. Caso contrário, o processo

chegará ao seu fim sem alcançar o resultado esperado em tese e sem que o demandante obtenha a efetivação do direito anteriormente certificado. Vitorioso, naquele processo, será o executado.

A interpretação do art. 50 não deve ser literal, nem restritiva. Parece-nos que o fundamental é a existência do interesse jurídico na vitória do assistido, que consiste no atendimento da sua pretensão. Ocorre que tal pretensão pode ser tanto a uma sentença como à prática de atos executivos, visando à entrega da coisa, ao pagamento de uma quantia ou à prática ou à abstenção de um ato. Assim, concebemos ser possível que terceiro intervenha espontaneamente para auxiliar o exeqüente a sair vitorioso na satisfação do direito certificado, alcançando, em concreto, o resultado útil da atividade satisfativa.

Importa destacar que o interesse jurídico protegido não será o do assistente, mas o do assistido, traço, aliás, que caracteriza o instituto da assistência simples. Assim, não pode ser considerado como tal o credor hipotecário que ingressa na execução para proteger o seu direito de preferência[19], na medida em que ele mesmo é o titular daquele interesse.

4. A intervenção do fiador como assistente na execução civil com base no art. 834 do Código Civil.

O art. 834 do Código Civil permite que o devedor promova o andamento da execução iniciada contra o devedor, quando o credor, sem justa causa, deixe de fazê-lo.

Indaga-se se aquele que garante a obrigação teria legitimidade extraordinária concorrente ou se lhe caberia o papel de assistente simples.

Araken de Assis (2007, p. 395) e Nélson Godoy Bassil Dower (2008, p. 387-388) defendem o primeiro posicionamento, como se extrai do seguinte excerto:

> O fiador tem outros direitos contra o seu afiançado. Por exemplo, se o credor inicia a execução somente contra o devedor e, sem justa causa, começa a retardar o andamento do processo, o fiador que tem interesse em exonerar-se da responsabilidade assumida, pode dar prosseguimento no feito,

[19] Exemplo de Eduardo José da Fonseca Costa (2006, p. 44).

> passando a ser parte legítima no mesmo. (DOWER, 2008, p. 387-388)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 976) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157) advogam a última tese.

Releva estabelecer algumas distinções para alcançarmos uma conclusão.

Primeiramente, não se pode confundir a situação prevista pelo art. 834 com a da sub-rogação. O art. 567, III, atribui legitimidade para o sub-rogado, adquira ele esta qualidade por determinação legal (art. 346 do Código Civil) ou por convenção das partes (art. 347 do Código Civil). Desta maneira, aquele solve a dívida de outrem, investe-se no direito do credor originário, como pode ocorrer com o fiador, por exemplo. Em tais situações, ele poderá exigir do afiançado, nos mesmos autos (art. 595, parágrafo único), o pagamento da quantia já adimplida ao credor originário, sem caráter novativo, mas nos mesmos moldes da relação jurídica havida entre o credor primário e o devedor. Neste caso, o fiador sub-rogado defende interesse próprio, e não o de outrem. Por isso, figurará com exeqüente, possuindo legitimidade ativa, ordinária e derivada[20], até porque, já tendo adimplido a obrigação, perseguirá o ressarcimento em face do devedor principal, ao passo que, na situação estabelecida pelo dispositivo legal, o fiador ainda não atua por sub-rogação do direito originário do credor. Portanto, não busca a satisfação de um direito próprio. Aquele que garante a obrigação pretende ver expropriado o patrimônio do devedor principal para que o seu não seja atingido.

Entendemos que a situação do art. 834 do Código Civil também não verse sobre uma espécie de legitimidade extraordinária. Nesta, a lei autoriza que um sujeito atue como substituto processual de outro, postulando, em nome próprio, direito alheio. Este fenômeno tanto pode ocorrer na atividade judicial cognitiva, como na satisfativa. José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 9-18) a classifica em autônoma, caso em que o sujeito

[20] A legitimação ordinária derivada, também denominada de superveniente podendo ocorrer pela transferência do direito à prestação por ato *inter vivos*, por decorrência da morte ou por sub-rogação. Há um núcleo central que caracteriza o instituto: o credor não é aquele que figura no título executivo, mas que obteve o direito material por transmissão jurídica. Ele é um estranho no que tange à formação do título (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 40-41). Daí a sua distinção no que concerne à legitimidade originária, em que o credor figura no título (ou a lei lhe atribui direito autônomo) e postula, em seu nome, direito próprio. Diferencia-se, ainda, da legitimidade extraordinária, em que o exeqüente, atuando em seu nome, postula o direito de outrem. Na legitimidade derivada, o credor, posto não figure no título e nem a lei lhe atribua direito autônomo, atua em nome próprio, buscando a satisfação de direito seu, que lhe foi juridicamente transferido. É requisito que o direito seja, pois, transmissível. Caso contrário, acontecerá a extinção da obrigação, com a conseqüente extinção do processo.

legitimado atua com total independência em relação ao titular o direito e em posição análoga à que este ocuparia; ou subordinada, quando o legitimado extraordinário só pode agir se o ordinariamente legitimado o fizer. A legitimidade autônoma subdivide-se em exclusiva, situação em que somente o substituto pode atuar em juízo, excluindo-se a legitimidade do substituído (daquele que seria legitimado em caráter ordinário); ou concorrente, que acontece quando tanto o substituto como o substituído podem promover a demanda satisfativa. Por fim, a legitimidade autônoma concorrente pode ser considerada como primária, permitindo que qualquer dos legitimados em caráter extraordinário possa atuar independentemente do outro; ou subsidiária, caso em que o legitimado em caráter extraordinário só pode agir na omissão daquele que possui legitimidade ordinária.

São diversos os exemplos de legitimidade extraordinária para a execução previstos no ordenamento pátrio. No campo dos direitos individuais, o art. 289, II e III, do Código Civil de 1916, regulava uma hipótese de legitimidade autônoma e exclusiva do marido, ao permitir que executasse o crédito originado de bem dotal da esposa (tal dispositivo não encontra correspondência no vigente Diploma Substantivo, que extinguiu a referida espécie de bem). Também desta espécie é a legitimidade prevista pelo art. 68, § 3º, da Lei 6.404/76, conferida ao agente fiduciário diante do inadimplemento da companhia emissora de debêntures. No âmbito dos direitos metaindividuais, pode-se mencionar os litígios que versam sobre direitos coletivos em sentido estrito, como os que são veiculados no mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, aliena "b", da CF/88)[21].

Como expusemos anteriormente, a controvérsia acerca da atuação do fiador nos moldes do art. 834 do Código Civil está compreendida entre a disparidade entre dois entendimentos: o primeiro, no sentido de tratar-se de legitimidade autônoma concorrente sobre direito individual do credor; e o último, que afirma ser esta uma situação de assistência simples.

[21] Não se pode olvidar da séria divergência doutrinária acerca da legitimidade nas ações coletivas, havendo três correntes principais: a da legitimação extraordinária por substituição processual, liderada por José Carlos Barbosa Moreira (1977); a da legitimação autônoma para condução do processo, defendida por Nelson Nery Junior (1990) e por Antonio Gidi (1995); e a da ordinária das "formações sociais", decorrente da interpretação ampliativa do art. 6º do CPC, capitaneada por Kazuo Watanabe (1984). As tensões entre as três correntes podem ser encontradas nas obras de Hermes Zaneti Junior (2006), Luiz Manoel Gomes Júnior (2005) e José Marcelo Vigliar (2005).

De um lado, a legitimidade extraordinária realmente consiste numa maneira de o substituto, atuando em nome próprio, litigar pelo direito de outrem. Também na assistência, o interesse jurídico diretamente envolvido no processo é o do assistido, e não o do assistente, como frisa o *caput* do art. 50 do CPC. Nas duas situações, o objeto do processo não é o interesse do sujeito legitimado em caráter extraordinário, nem do terceiro interveniente. Ao atuar em juízo, ambos defendem a posição jurídica do credor. Até aí, os dois institutos se amoldam ao art. 834 do Código Civil, que é a da execução movida pelo credor em face do devedor principal, e na qual o fiador busca dar-lhe andamento para obter a satisfação de um direito alheio, afastando, portanto, a incidência da legitimação ordinária, como já vimos.

Contudo, importa relembrar que, na legitimidade extraordinária autônoma, o substituto age com total independência em relação ao titular do direito (legitimado ordinariamente) e em posição análoga à que este ocuparia. Eis aqui o primeiro motivo que impede o enquadramento da situação tipificada pelo art. 834 do Código Civil a tal espécie de legitimidade. Com efeito, a atuação do fiador nos termos do dispositivo legal encontra-se subordinada à do credor. Tomemos os exemplos em que o exeqüente renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação ou em que ele requeira expressamente a desistência de toda a execução ou de algumas medidas executivas, nos termos do art. 569 do CPC. O comando legal não autoriza que o garante dê prosseguimento ao feito satisfativo em tais circunstâncias. Ele não poderá opor-se à manifestação expressa do exeqüente. Parece-nos, assim, que o art. 834 seja aplicável aos casos de inércia do credor, de sua omissão, amoldando-se ao regramento da assistência simples, sobre o qual ensina Celso Agrícola Barbi (1994, p. 178):

> Dispõe o art. 52 que a atividade do assistente é de auxiliar da parte principal, tendo os mesmo poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus. Sua condição de auxiliar lhe permite apresentar provas, impugnar atos da parte contrária, recorrer, promover o andamento do processo etc.
>
> Mas, sendo sua atividade subordinada, não pode praticar atos contrários aos do assistido, recorrer quando o assistido tiver recorrido e, em seguida, desistido, recusar perito aceito por aquele etc. No acertado entendimento de Lopes da Costa, a contradição entre os dois atos – o do assistente e o

> do assistido – deve ser positiva: é necessária a existência de um ato expresso do assistido para impedir a atividade do assistente; na dúvida, deve ser permitido o ato do assistente.

O dispositivo do Código Civil diz que a atuação do fiador poderá acontecer quando o credor, sem justa causa, não der andamento à atividade executiva. Caso o exeqüente dê andamento ou entenda pelo seu encerramento, não poderá o fiador questionar e requerer que a execução siga outro caminho ou que permaneça tramitando.

Ademais, se fosse o caso de legitimidade extraordinária autônoma e concorrente, tanto o substituto como o substituído poderiam promover a demanda satisfativa, iniciando-a. Eis aqui outra discrepância entre o instituto da legitimidade extraordinária concorrente em relação à hipótese tipificada pelo art. 834 do Código Civil, que permite que o fiador promova o *andamento* da execução já iniciada pelo credor contra o devedor, não o autorizando a deflagrá-la. Assim é que ele passará a *integrar* o processo já em curso na qualidade de terceiro interessado, como explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 609):

> Baseada, porém, no mesmo **espírito**, foi mantida a regra de que o fiador detém a prerrogativa de **promover o andamento da ação executiva iniciada contra o devedor, quando o credor, sem justa causa, sustar tal andamento ou demorar em sua promoção** (art. 834 do CC-02; art. 1.498, CC-16). No exercício desta prerrogativa, passaria o fiador a integrar a lide na condição de **terceiro juridicamente interessado.** (grifos já existentes no original)

Não existe autorização no ordenamento jurídico brasileiro para que o fiador inicie a execução, postulando direito do credor, mas somente quando ele se sub-roga, situação em que atuará com interesse próprio, na qualidade de legitimado ordinário e derivado, nos termos do art. 567, III, do CPC.

Por fim, observamos que a fiança é um negócio acessório, celebrado diretamente entre o fiador e o credor, não precisando de anuência do afiançado (devedor), nos termos do art. 820 do Código Civil, embora deva se lhe dar conhecimento da garantia

prestada, em observância ao princípio da boa-fé objetiva[22]. Neste passo, ele possui relação jurídica direta com o assistido (exeqüente), e não com a parte adversa (executado), enquadrando-se à perfeição no regramento da assistência simples.

5. Conclusão.

Como visto ao longo do texto, entendemos que, embora a denunciação da lide, o chamamento ao processo, a oposição e a nomeação à autoria não sejam cabíveis na execução civil, admite-se outras formas de intervenção de terceiros que lhe são próprias, como as que estão previstas nos arts. 615, II, 626, 634, 655, § 2º, 685-A, § 2º e 698 do CPC.

Além delas, admitimos ser cabível a assistência em tal atividade processual. Neste passo, o art. 834 do Código Civil tipifica uma hipótese de assistência simples em que o fiador intervirá no processo para auxiliar o credor a sair vitorioso na execução movida em face do devedor.

Com efeito, o mencionado dispositivo legal não tipifica uma situação de legitimidade ordinária derivada, já que o ingresso do garante não se dá após a sub-rogação, como prevê o art. 567, III, do CPC. Desta maneira, ele não está litigando por direito seu, mas do credor, que figura como exeqüente.

Tampouco pode tratar-se de legitimidade extraordinária autônoma e concorrente. Em primeiro lugar, porque, em tal espécie de legitimidade, o substituto age com total independência em relação ao titular do direito (legitimado ordinariamente) e em posição análoga à que este ocuparia, ao passo que a atuação do fiador nos termos do art. 834 do Diploma Substantivo encontra-se subordinada à do credor, de maneira que ele não pode opor-se à manifestação do exeqüente, aplicando-se aos casos de omissão injustificada do credor em dar andamento à execução. Em segundo lugar, porque o dispositivo legal não confere ao fiador a legitimidade para iniciar a execução, mas somente para dar-lhe seguimento, uma vez deflagrada pelo credor, alinhando-se, pois, à intervenção espontânea da assistência, regulada pelo art. 50, *caput*, do CPC, que tem como um de seus requisitos a pendência da causa.

[22] Neste sentido: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 587)

Por fim, o fiador possui relação jurídica direta com o assistido (exeqüente), e não com a parte adversa (executado), enquadrando-se no regramento da assistência simples. Nos termos do art. 820 do Código Civil, a fiança é um negócio acessório, celebrado diretamente entre o fiador e o credor, não precisando de anuência do afiançado (devedor).

6. Referências.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Assistência nas execuções obrigacionais*. In: Revista de Processo, Ano 31, n. 134. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

DOWER, Nélson Godoy Bassil. *Curso Moderno de Direito Civil - Contratos e Responsabilidade Civil*. Vol. 03. São Paulo: Nelpa, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos*. Vol. IV. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARCATO, Antonio Carlos (coord). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

_____. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 404. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Mandado de segurança coletivo*. In: Revista de Processo, Ano 15, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 1990.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *O instituto da assistência nos seus aspectos históricos e dogmáticos no direito processual civil nacional e estrangeiro*. In: Revista de Processo, Ano 31, n. 142. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: LEUD, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: JusPodivm, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZACASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006.

RACIONALIDADE JURÍDICA E DIREITO: UM PRESSUPOSTO PARA ESTUDAR O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO SOB A ÉGIDE DO FORMALISMO-VALORATIVO.

Carolina Machado Cyrillo da Silva

Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Processo e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Centro Universitário Metodista –IPA, do Curso de Especialização em Processo e Constituição – UFRGS e do Curso de Especialização em Processo Civil – IMED.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo estabelecer a relação entre a racionalidade jurídica, direito e o processo civil contemporâneo. Para traçar este objetivo será apresentado o paradigma da cientificidade do direito como objetividade e exatidão para então trabalhar a crítica contemporânea à teoria do direito, bem como introduzir a comparação entre as fases metodológicas do processo civil e a respectiva teoria da racionalidade jurídica associada para o fim desenvolver o direito processual civil contemporâneo, sob a égide do Formalismo-Valorativo, como forma de resgate da racionalidade prática para o direito.

Palavras-chave: Racionalidade Prática, Teoria do Direito, Processo Civil, Formalismo-Valorativo.

Abstract: This study aims to establish the relationship between the legal reason, law an civil procedure. To trace this goal will be presented the paradigm of scientific objectivity of law and then work to contemporary critical theory of law and enter a comparison of the methodological steps of civil procedure and its associated of legal reason in order to develop the contemporary civil procedure, under the aegis of Formalism-values as a way to rescue the practical reason in Law.

Keywords: Practical Reason,Theory of Law, Civil Procedure, Formalism-value

Sumário*: I – Introdução; II- Aorigem do problema da racionalidade jurídica; III – Racionalidade jurídica no debate jurídico contemporâneo; IV- O resgaste da racionalidade prática como racionalidade jurídica; V- Fases metodológicas do direito processual- praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo; VI- Conclusão; VII-Bibliografia.*

I – Introdução

Este trabalho tem como objetivo introduzir o tema sobre a racionalidade jurídica no estudo do Direito Processual Civil. Para que se tenha uma compreensão global do fenômeno processual contemporâneo como efetividade da tutela jurisdicional, mister se faz precisar a metodologia envolvida como pressuposto chave para implementação de um saber jurídico aliado aos cânones da cultura e da justiça.

Neste sentido, brevemente, analisar-se-á a questão da forma de racionalidade própria do direito, focando a discussão nos debates contemporâneos sobre o tema, identificando, contudo sua origem no modo de pensar o direito como justiça como faziam os antigos.

A preocupação com os modos de se alcançar o conhecimento, assim como todas as conseqüências resultantes, tanto na modernidade como nos debates contemporâneos, já podem ser sentidas com a leitura dos pensadores antigos. E antigos não apenas referindo à tradição da Grécia Antiga que deu origem ao pensamento do Ocidente, mas também no pensamento hebraico e no Oriente. Paulo Roney Ávila Fagundez[1] vai dizer que para o Taoísmo todo fenômeno da natureza possui polaridades, uma *ying* e outra *yang*, num verdadeiro desenrolar dialético. Na tradição hebraica a forma como o Talmud, comentário a Torá, é redigido e interpretado pelas escolas talmúdicas evidencia que nesta tradição o conhecimento se faz pelo diálogo e pela dialética.[2] Os textos talmúdicos fazem da crise e do conflito um harmonioso acordo entre questões filosóficas, religiosas e políticas.

Na antiguidade grega as posições de Heráclito e Parmênides sobre a natureza do movimento já exprimem um certo método dialético. Contudo, em seu método de elaboração de paradoxos Zenão de Eléa é o inventor da dialética. Sócrates, com o jogo de perguntas e respostas na busca da verdade, utilizava a dialética como forma

[1] FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Racionalidade e intuição: Ocidente, Oriente, Novos e Velhos Paradigmas*, in FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo*. Brasília: OAB, 2004. p. 232.

[2] Sobre a dialética no Talmud consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Les sens des lois. Bruxelas: Bruylant*, 2005. p. 104.

instrumental para ganhar os debates. Para Platão a dialética é sinônimo de filosofia, o método mais eficaz de aproximação entre as idéias particulares e as universais.[3]

Contudo, foi Aristóteles quem sistematizou uma teoria da argumentação dialética, que se desenrolou com maior ou menor sucesso em toda na tradição do Ocidente. A teoria dialética de Aristóteles, festejada pelos medievais, foi aos poucos perdendo força na modernidade para uma outra concepção, também aristotélica, de demonstração que atendia os ideais modernos de racionalidade como precisão, objetividade e exatidão.

No século XX, em especial após a segunda guerra mundial, volta a baila a necessidade de se estudar a forma de argumentação própria dos debates judiciais, uma vez que a humanidade constatou que as *Leis de Nuremberg* codificaram, num sistema jurídico logicamente válido, a exclusão de uma considerável parcela da humanidade. A partir disso, iniciaram-se diversos estudos sobre a metodologia do direito, em especial aquelas que se propunham a dar tratamento racional aos argumentos quem envolviam juízos de valores no sistema jurídico.

É neste plano que se pretende dar as primeiras linhas na construção de um Processo Civil Contemporâneo assentado sobre os pilares éticos, culturais exigíveis no Estado Constitucional e para isso, usar-se-á o modelo proposto pelo Formalismo-Valorativo, teoria do Direito e do Processo que tem como precursor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.[4]

A importância do estudo do raciocínio jurídico e da racionalidade prática, bem como sua construção está na necessidade de desenvolver a questão da racionalidade do saber jurídico de modo diverso daquele proposto pelas teorias demonstrativas de ver o direito, onde a pretensão de objetividade e exatidão da ciência do direito levou a exclusão de todas as considerações sobre justiça do âmbito do objeto do conhecimento jurídico.

Portanto, este texto vai estruturado em duas partes: a primeira apresenta o ideal de racionalidade jurídica contemporânea e para isso será utilizada a Lógica Jurídica de Chaïm Perelman, mostrando que seu surgimento se deu por força da crítica à psique matemática e dedutiva aplicável as disciplinas do conhecimento que tem por objetivo

[3] A este respeito consulte-se GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría.* Barcelona: Paidos, 2001
[4] ALAVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. A obra encontra-se na 4ª edição pela mesma editora com publicação em 2010, também publicada em língua espanhola sob título *Del Formalismo en el Proceso Civil*. Lima: Palestra editores, 2007.

uma ação humana (ciências práticas). Esta racionalidade jurídica voltada para a ação humana é a racionalidade prática, identificada com raciocínios dialéticos, capazes de dar conta das deliberações judiciais que envolvem juízos de valores.

A segunda parte apresenta a teoria do Formalismo-Valorativo no processo civil contemporâneo, no modelo identificado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com o objetivo de identificar que tal teoria se amolda ao pressuposto de racionalidade prática desenvolvido na primeira parte, como forma de racionalidade jurídica própria capaz de dar conta da percepção do processo civil contemporâneo com o prisma da efetividade.

II - A origem do problema da racionalidade jurídica

A formulação do estatuto metodológico do Direito, com suas implicações epistemológicas, é fenômeno historicamente recente, cujas origens podem ser buscadas na chamada Escola Histórica do Direito[5]. A partir de então, o tema da metodologia do saber jurídico vem se desenvolvendo como questão de suma importância para a reflexão filosófica sobre Direito.

Muito embora a discussão sobre como se deve proceder na metodologia e argumentação em Direito seja recente, o seu estudo e tratamento encontram-se presentes em todo o desenrolar da história da filosofia e do Direito. A preocupação com os modos de se alcançar o conhecimento, assim como todas as conseqüências resultantes, tanto na modernidade como nos debates contemporâneos, já podem ser sentidas com a leitura dos pensadores antigos.

No século XVII, Descartes[6], por sua vez, explica que a melhor ocupação é cultivar a razão e o método é o meio para aumentar gradativamente o conhecimento, para que seja possível verificar todas as coisas através da razão e não aceitar que as verdades reveladas estejam acima da inteligência e do raciocínio do homem. O método é forma de libertar o homem pouco a pouco de uma porção de erros que ofuscam a luz natural e que tornam menos capazes de ouvir a razão. Assim, jamais se deve acolher algo como verdadeiro, a menos que não se tenha nenhuma razão para duvidar. Descartes considerava como falso tudo aquilo que era verossímil.

[5] VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 221.
[6] DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 7.

Portanto, só era racional aquilo que fosse possível de demonstração a partir de claras e precisas provas *apodícticas* ou evidências dos axiomas. O modelo *more geométrico* era o padrão a ser seguido para que fosse possível aceitar algo como ciência. Portanto, com a filosofia de Descartes inaugura-se o ideal de racionalidade precisa e científica que está na base do pensamento da modernidade[7].

Com efeito, ainda no século XVII, Thomas Hobbes desenvolve o fundamento do que hoje se conhece como positivismo jurídico. Segundo Hobbes[8] num estágio anterior à formação do Estado, os homens são essencialmente iguais: igualdade de fato, na falta de recursos e no direito sobre o todo. Nesse contexto, na inexistência de regras, não há a nítida noção de direitos, sejam eles sobre a propriedade ou sobre a vida. Ou seja, o homem tem direito a tudo e ao mesmo tempo direito a nada.

Assim, os pressupostos do positivismo jurídico tiveram origem no momento em que o homem, através de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o Estado Civil, não cogitando mais a lei do mais forte. Como ensina Hobbes, através do contrato, cria-se uma pessoa de direito público, um ente artificial, uno e indivisível, ou seja, um representante dos súditos que exerce a soberania. Diz Perelman[9] que para Hobbes o direito não é a expressão da razão, mas sim a manifestação da vontade do soberano. De fato a unificação das vontades individuais em uma só pessoa, para Hobbes, chama-se Estado – o Leviatã[10]. O Leviatã, com efeito, necessita de representação para manutenção da unidade da vontade. Assim, o soberano é a identificação dessa unidade num sujeito.

Este soberano, que representa a unificação da vontade, é o poder absoluto, sendo os demais membros do Estado Civil identificados como súditos. Por ser o soberano a unidade da vontade dos súditos, cada um é autor de todos os atos praticados pelo soberano de modo que são obrigados, por força da terceira lei natural hobbesiana, a aceitar os atos do soberano, pois se comprometeram a cumprir o pacto que celebraram. Este é para o pensamento hobbesiano o postulado da justiça. Nos dizeres de Hobbes[11]

[7] PERELMAN, Chaim, *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.1.
[8] HOBBES, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 100.
[9] PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.18.
[10] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Op.Cit. p. 131.
[11] Idem, p. 133.

"os homens têm de cumprir os pactos que celebraram. Sem esta lei os pactos seriam vãos e não passariam de palavras vazias."

Portanto, o racionalismo de Descartes e o individualismo de Hobbes fornecem a chave do "contrato social" considerado nos séculos XVII e XVIII o princípio gerador das sociedades políticas. Embora Deus seja o criador do mundo, não é seu legislador imediato. O recuo do teologismo e do individualismo é tamanho que, embora não seja suficiente para laicizar integralmente o direito, impõe uma revisão da normatividade jurídica, cujos fundamentos pertencem à racionalidade do homem sujeito. No contexto teórico e puramente cognitivo em que se situa então a investigação sobre o homem, o problema da ordem jurídica insere-se mais numa filosofia do conhecimento que numa filosofia prática com finalidade ética. Por isso, o conceito de direito passou a ser problematizado no âmbito de uma concepção da natureza humana em que a razão como instrumento do conhecimento se firma como pedra angular[12]. Neste sentido, já é possível falar em tecnicidade do Direito.

O jusnaturalismo moderno, dos séculos XVII e XVIII, reflete o deslocamento do objeto do pensamento da natureza para o homem, e isto é característico da modernidade. O direito natural, como direito da razão, é a fonte de todo o direito. Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que permitiram elaborar uma doutrina do direito e do Estado a partir da concepção individualista da sociedade e da história. Tais conceitos marcam o mundo moderno.[13]

O Direito Natural Moderno ou Jusnaturalismo Moderno corresponde ao ideal de saber lógico-demonstrativo, numa corporificação do direito enquanto sistema.

Na escola moderna do Direito Natural, racionalista, o direito é deduzido de definições primeiras, ou de axiomas da razão pura a partir dos quais as leis se ordenam num sistema dedutivo.[14] Os axiomas da razão pura são máximas gerais de conduta moral. Ensina Michel Villey que "*os teóricos desta escola (de Pufendorf a Wolf, passando pelo francês Domat, autor das 'leis civis ordenadas segundo sua ordem natural') foram os primeiros construtores de sistemas de direito dedutivos*". [15]

[12] GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 45.
[13] LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001. p. 38
[14] VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*, op. cit. p. 248.
[15] Ibidem.

Explica Yves Charles Zarka que "*a maioria dos teóricos do direito natural do século XVII*"[16] exprimem o projeto comum de fundar um sistema racional do direito e, a maioria das vezes, usam como referência para isto o modelo demonstrativo das matemáticas.

A filosofia de Spinoza, explica Perelman,[17] é inspirada neste ideal de racionalidade universal e Leibniz é o autor da formula "*cum Deus calculat, fit mundus*" (o mundo se realiza segundo cálculos divinos). Ora, se Deus é matemático e o mundo é conforme seu projeto matemático, a regra dos homens de ciência deve se reportar às equações divinas, e segundo estas (as equações divinas) são formuladas as leis da natureza. A regra dos filósofos era taxar como confusas e incertas todas as opiniões e idéias que não fossem possíveis de serem encaixadas a esses grandes quantificadores.[18]

Com o advento da modernidade científica e a exaltação das verdades racionais, acessíveis a todos os seres dotados de razão, verifica-se a mudança do paradigma metodológico. Ou seja, só é digno de saber científico aquilo que pode ser verdadeiro para todos, que empregando corretamente um método, encontrem uma mesma verdade correta. No direito a conseqüência deste ideal é a redução do objeto de investigação à lei.

A lei como objeto do direito deveria ser dotada de uma sistematicidade lógico formal, a fim de constituir uma ciência objetiva e precisa alheia aos conceitos irracionais e arbitrários como a Justiça. Isto é, o direito só é racional e científico se abandonar os juízos de valores que lhes são estranhos e dedicar-se ao estudo da lei positiva.

Conclui-se, portanto, que o ideal de racionalidade que permeia o Ocidente na modernidade é o de razão científica ligada às concepções matemáticas de pensar todo o tipo de fenômeno.[19] Nesta perspectiva, somente é considerado racional aquilo que é conforme os padrões dessa ciência matemática[20]. Assim, toda concepção que parte de

[16] ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimentos da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 234.
[17] Idem, p. 4.
[18] Idem,p. 6.
[19] A este respeito consulte-se: FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l'interprétation et de laraison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005. p. 226.

[20] VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 588

uma dialética, onde as premissas são opiniões geralmente aceitas, é vista como irracional ou "metafísica".

III - **Racionalidade jurídica no debate jurídico contemporâneo.**

No século XIX prosseguindo os esforços da escola de Savigny, o estudo histórico conduziu gradualmente à mudança da compreensão do Direito propondo, como diz Chäim Perelman,[21] que "*o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados*." Portanto, não deve o juiz simplesmente deduzir a partir de textos legais, mas deve procurar no texto a vontade do legislador, pois o que importa ao direito é o fim perseguido: o espírito da lei.[22] A justificativa está no fato de que compreensão da Escola Histórica do fenômeno do Direito não diz respeito à lei ou à norma formulada e positivada pelo legislador, mas à fonte originaria do direito como situação histórica em constante transformação.[23]

Na França em 1804, o Código de Napoleão foi a consagração das conquistas da Revolução Francesa e serviu de base para toda postura positivista. Através da Escola da Exegese,[24] a compreensão do direito foi reduzida à análise da lei.

Essa concepção fundada na tradicional separação dos poderes identifica o Direito com a lei e confere aos tribunais a obrigação de julgar conforme esta lei, daí a expressão "juiz boca da lei". Neste sentido, o julgador satisfaz a necessidade da segurança jurídica e conduz a uma precisão que pode dar ao direito o estatuto de uma verdadeira ciência, já que a operação de aplicação da lei é de natureza impessoal.[25]

Portanto, o silogismo judiciário da escola da exegese configurava-se da seguinte maneira: estabelecidos os fatos, a premissa maior deve ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a conclusão dada pela resolução do silogismo através da aplicação da lei ao caso concreto.

[21] PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.
[22] Ibidem.
[23] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.
[24] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Op. cit, p. 31.
[25] Idem. p. 33.

A sistematicidade permite que todas as disposições do Código formem um conjunto ordenado e coerente, já que os detalhes podem ser deduzidos logicamente dele. Para além do método lógico, a sistematização do direito significa que a inteligibilidade do todo, mesmo quando ainda não está realizado, repousa na força dos princípios.[26] O Código é uma representação lógica do universo jurídico que segue encadeamentos de razões e se pretende conforme as exigências da razão.

O positivismo da Exegese atendia aos interesses da nova classe dominante que atingiu o poder: a burguesia, que desconfiava dos juízes vinculados ainda ao Antigo Regime. Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy explicam porque o positivismo jurídico foi uma atitude tão conveniente para a jurisprudência da burguesia no século XIX: "*uma classe social tão firmemente enraizada, mas ainda assim tão temerosa de seus contestadores, julgará especialmente útil um sistema de pensamento que nega seu próprio passado revolucionário e focaliza o caráter concreto, no tempo presente, de seu poder*".[27]

A interpretação exegética, diz Norberto Bobbio, "*é o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado ex novo pelo legislador.*"[28]

Mas a ambição de prever tudo – o rigor sistemático – além de impossível é também perigosa, pois pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à "razão natural",[29] o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. Desse modo, a postura exegética do silogismo judiciário,[30] cuja premissa maior é fornecida por uma norma geral, sendo o caso particular subsumido ao termo escrito da lei, não dava conta da realidade, como foi percebido através dos problemas de lacuna do direito, obscuridade ou mesmo inadequação e desuso.

O positivismo jurídico do século XIX, portanto, se caracteriza pela recusa de tudo aquilo que fosse extra-legal, bem como, de todo o direito que não fosse criado a partir de uma convenção humana, como o direito divino, natural ou racional. O pensamento em direito é aqui o pensamento sobre a legalidade. E a fundação deste

[26] Ibidem.
[27] TIGAR, Michael E e LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p.282.
[28] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 83.
[29] GOYARD-FABRE, Simone, *Os fundamentos da ordem jurídica*. op. cit. p.114.
[30] VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 248.

positivismo da legalidade oferece à teoria do direito todo um pensamento voltado à uma norma auto-suficiente, à vontade da lei como um dado objetivo. Ou seja, o positivismo serve-se de um método puramente jurídico, e esta pureza consiste em eliminar todo tipo de consideração metafísica e meta-jurídica e voltar sua atenção à lei ela mesma. Portanto o terreno do direito é sólido, objetivo, seguro e estável não se submetendo a moral, à economia, à ideologia e à política.[31]

Por sua vez, Hans Kelsen na *Teoria Pura do Direito*[32] procurou entender o Direito como uma Ciência do Direito, que não seja equivalente à sociologia do direito ou a história do Direito. Logo no prefácio da *Teoria Pura do Direito,* Kelsen expõe que seu projeto é formular uma teoria acerca do Direito, que não seja uma doutrina política, evidenciando sua preocupação com a subordinação das ciências à Política. Kelsen pretende fazer uma Ciência do Direito, pois, para ele, se existe alguma pretensão de entender o direito enquanto conhecimento verdadeiro essa pretensão só passará a ser considerada se o conhecimento do Direito for um conhecimento cientifico. Diz Kelsen:[33]

> Desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.

É importante esclarecer que Hans Kelsen[34] é um homem do seu tempo e sofre a influência inegável do conhecido Ciclo de Viena que se origina de um movimento maior que é a filosofia analítica de Bertrand Russel. Portanto, é neste contexto hostil a toda forma de especulação metafísica que se deve compreender a cientificidade do projeto de Kelsen.

[31] SCHMITT, Carl. *Les troi types de pensée juridique.* Paris: PUF, 1995. p. 85/86.
[32] KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito,* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[33] KELSEN, Hans. *Op. cit*, p. XI.
[34] Neste sentido e sobre a relação entre a *Teoria Pura do Direito* e o conceito de ciência em Kelsen consulte-se: HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genevé : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

Metafísica, no sentido que Kelsen[35] lhe dá significa uma concepção religiosa do mundo, ou seja, não racional. Portanto, o Direito que o autor toma por base para a construção de uma teoria cientifica, alheia à metafísica, é concepção de direito criado e aplicado pelos homens, isto é, sobre o direito positivo, pois a idéia de justiça e o direito natural não são ciência, mas sim metafísica.[36] Dentro desta concepção a consideração sobre a justiça, por não se tratar de um conhecimento científico, é vista por Kelsen como sendo irracional.

A ciência para Kelsen se define por criar seu objeto não como entidade real, mas como um todo intelegível.[37] Contrária à política, que deve operar compondo interesses divergentes, a ciência tem por função se preocupar com o inteligível: a ciência é racional, o que significa que pertence à inteligência e não à vontade. Assim, neste contexto a ciência, que se ocupa do inteligível, dá aos fenômenos uma descrição precisa e objetiva, portanto, não contém valores.

É importante esclarecer que o conceito de ciência empregado pelo autor é restrito aos domínios do conhecimento de duas categorias. A primeira delas que diz respeito às ciências naturais ou dos fatos causais e a segunda a ciência normativa.[38]

Explica Kelsen, "*do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser, mas também as normas de dever ser (Soll-normen) podem ser descritos*". [39]

Assim, pode-se entender que para Kelsen existe uma separação metodológica e duas espécies distintas de ciência. A primeira delas relaciona causalmente os elementos; e a outra o faz imputativamente. Explica-se que a ciência normativa por descrever o conteúdo normativo, o dever ser, não se vale de leis causais. Esta ciência utiliza, por outro lado, a mesma lógica, a mesma racionalidade e busca os mesmos ideais normativos de objetividade e exatidão. As ciências sociais devem se ocupar de todo o conteúdo humano como a intuição, os sentimentos, desejos, paixões, que são indeterminados causalmente.

Note-se que, no entanto, como afirma Luis Fernando Barzotto,[40] em Direito à oposição entre o fenômeno natural e o social não deve ser tomada de modo absoluto,

[35] HACK, Pierre, *op. cit*. p. 24.
[36] KELSEN, Hans, Op. cit.p. 87.
[37] HACK, Pierre, *op. cit*. p. 24
[38] KELSEN Hans. Op. Cit. p. 85.
[39] Idem, p. 89.

pois, em muitas vezes, os fatos jurídicos podem ser considerados numa dimensão espaço-temporal.

Portanto, Kelsen[41] dispõe que o Direito como norma ou sistema de normas deve ser limitado ao conhecimento, à descrição das normas jurídicas, e às relações por estas constituídas. Para tanto, pretende "*libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.*"[42] Eis o postulado metodológico fundamental de sua teoria. O Direito é, para o autor, um sistema de normas e não um mero conjunto. Isto quer dizer que dentro de sua composição interna é dotado de lógica.

Todas as normas de uma mesma ordem normativa têm o seu fundamento de validade em uma mesma norma fundamental. A norma fundamental é uma norma pressuposta,[43] ou seja, uma norma meramente pensada. Todo o Direito se fundamenta, portanto, sobre um pressuposto, uma norma que em nada mais se funda. A norma fundamental pressuposta por Kelsen não é, portanto, jurídica, mas sim meta-jurídica.

Tem-se nesta concepção, a seguinte caracterização do direito: o direito é uma ordem normativa. Uma ordem normativa é um sistema de normas vinculadas por um fundamento comum de validade, que é tido por objetivo por haver sido posto em conformidade com uma norma.

Portanto, o positivismo voluntarista de Hans Kelsen, sustenta, dentre outras coisas, a impossibilidade de se fundar empiricamente os juízos de valor. Na afirmação de Hans Kelsen, "*são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.*"[44]

Como um representante típico do cientificismo do século XIX, Kelsen insiste que "*o conhecimento jurídico para ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica.*"[45] Afirma também que o estudo dos fatores interferentes na produção normativa e a consideração dos valores envolvidos com a

[40] BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.* São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 34.
[41] KELSEN, Hans, *op. cit*. p.84.
[42] Idem, p.1.
[43] BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. Cit*. 41.
[44]KELSEN, Hans, op. cit, p. 79.
[45] Idem, p. 80.

norma, não são apenas inúteis, inócuos, dispensáveis, mas podem viciar a veracidade das afirmações. É a celebração ao extremo da neutralidade científica. Por isso, vai dizer Michel Waline,[46] que a regra de ouro do positivismo jurídico é "*coloque entre parênteses*" todas as questões filosóficas.

Hans Kelsen, construiu uma Teoria do Direito capaz de garantir *status* de uma verdadeira ciência ao Direito, livre de toda ideologia, de toda intervenção de considerações meta-jurídicas. Uma ciência do Direito não é possível, segundo Hans Kelsen, a não ser que seu objeto seja fixado sem interferências estranhas ao direito positivo, razão pela qual, a *Teoria Pura do Direito* é conhecida como o Positivismo Jurídico.[47]

A ciência do Direito, como conhecimento de um sistema de normas jurídicas, não pode constituir-se, segundo expõe Kelsen, se não for excluído tudo aquilo que é estranho ao seu objeto.[48] O Direito, sendo um sistema de normas coercitivas válidas em um Estado determinado, pode ser diferenciado nitidamente, por um lado, das ciências que estudam os fatos, a diferença entre o ser e o deve ser (o *Sein* oposto ao *Sollen*). Nessa perspectiva, o Direito consiste em um sistema de normas diverso da moral ou do direito natural.

A Teoria Pura do Direito se caracteriza, por um intransigente dualismo que opõe, por um lado, o ser ao dever ser, a realidade ao valor (e conseqüentemente as ciências da natureza às ciências do espírito, a natureza à sociedade, bem como à causalidade à imputação) e, por outro, o direito à moral e o direito positivo ao direito natural.[49]

A ciência do Direito, enquanto conhecimento do Direito Positivo, deve eliminar taxativamente todas as considerações que são essencialmente estranhas a seu objeto e que introduzem, por intermédio de ideologias de toda espécie, posições decorrentes da política, moral e ética.[50]

[46] A expressão no original em francês é "*Mettre entre parenthèses*". WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, Melanges Carré de Malberg. Paris: Sirey, 1933, p. 517.
[47] KELSEN, Hans, op. Cit. p. 80.
[48] Idem, p. 1
[49] PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. op. cit., p. 475.
[50] Ibidem.

O objeto da ciência do direito para o positivismo é claro: o direito positivo, a saber, a Constituição e as leis. Ora, longe de considerações filosóficas, a ciência do direito positivo pode alcançar um status epistemológico das outras ciências.[51]

Foi extraindo as conseqüências lógicas que Hans Kelsen concebeu a *Teoria Pura do Direito*, em que o ponto de partida (a norma fundamental) bem como todos os pontos de passagem (de uma norma geral a uma norma particular, ou de uma norma a um caso de sua aplicação), dependem de decisões, de atos de vontade, que não se fundam em Direito, mas se justificam por considerações de ordem política ou moral[52] (daí por que se questiona a pureza metodológica do Direito).

Ocorre que a *Teoria Pura do Direito* não dá conta da obrigação de decidir que tem o juiz num determinado caso concreto. Ou seja, em determinadas situações o direito não pode ser aplicado no caso concreto, pois, dentro da perspectiva desta teoria quando nem uma nem outra interpretação da lei é possível, pois, legislador prescreveu algo sem sentido, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida, ainda que tenha sido posta em harmonia com a norma fundamental.[53] Não havendo norma válida o juiz não vai julgar conforme o Direito, mas a partir de um ato de sua vontade, amparado em valores meta-jurídicos e, portanto a decisão tomada não será racional e sim subjetiva ou metafísica.

A preocupação com a conclusão acima é que vai motivar os autores da segunda metade do século XX a romperem com o paradigma de exatidão, precisão certeza e cientificidade pura aplicável ao direito. Ou seja, tais autores não estavam satisfeitos com o fato de que para tornar-se ciência o direito deveria abandonar de sua racionalidade a investigação e tratamentos dos juízos de valores, dentre eles a justiça.

IV- O Resgate da Racionalidade Prática como Racionalidade Jurídica.

No século XX, por sua vez, Chaïm Perelman se propôs a adaptar o modelo dialético de Aristóteles como forma de argumentação própria dos debates judiciais.

[51] GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguités du positivisme juridique, In, Cahiers de philosophie politique et juridique n. 13*. Caen: Centre de Publications de L´Université de Caen, 1990. p. 26.
[52] PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito.* op. cit p. 481.
[53] KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 231.

Perelman formado na tradição do positivismo lógico[54] surpreendeu-se ao constatar que as *Leis de Nuremberg* codificaram, num sistema jurídico lógicamente válido, a exclusão de uma considerável parcela da humanidade. A partir disso entendeu que nenhum sistema de direito que não visasse a justiça poderia ser considerado como válido e razoável. Passou a desenvolver em seus estudos uma metodologia do direito que fosse capaz de dar conta do envolvimento dos juízos de valores, de forma racional, no sistema jurídico. Chegou a conclusão que através da lógica formal tal envolvimento não seria possível[55].

Foi estudando Aristóteles que Chaïm Perelman entendeu que a dialética seria o meio apropriado para tratar racionalmente os juízos de valores e, portanto, seria a forma adequada de raciocinar em direito sem abandonar a justiça. Assim, é tomando o pensamento de Chaïm Perelman como fio condutor, principalmente em seus escritos sobre a Justiça e em sua *Lógica Jurídica,* que será desenvolvido o estudo, que tem como objetivo estabelecer uma relação entre a filosofia do direito e a teoria do processo civil como efetividade da tutela jurisdicional[56].

A Teoria da Argumentação Jurídica surge como alternativa entre o positivismo lógico voltado ao direito e o absoluto irracionalismo dos embates judiciários baseados no direito natural.[57] Sua eclosão sob o nome de "Lógica Jurídica" dá-se no debate pós-guerra quando, como nos diz Chaïm Perelman "*pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos...*".[58]

---

[54] Antes de tornar-se jurísta Chaïm Perelman defendeu na Universidade Livre de Bruxelas tese sobre o pensamento de Gottlob Frege. A tese de doutorado intitulada *Etude sur Frege* foi apresentada em 1938.

[55] Noutra oportunidade desenvolvi a relação entre a teoria do direito de Chaïm Perelman e a Aristóteles, que foi fruto de investigação do meu curso de Mestrado em Direito no PPG da Universidade Federal de Santa Catarina, publicado em 2007. CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaïm Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus Editores, 2007.

[56] Para uma aplicação da racionalidade argumentativa nos domínios do Direito processual Civil, nadoutrina brasileira, consulte-se: ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório* – in, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, são Paulo: saraiva, 2003, p.227/243. ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n° 31. Curitiba: Gênesis, 2004, p.34/68. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n° 33, Curitiba: Gênesis, 2004, p. 484/510. Na doutrina italiana, consulte-se: GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè,
1971. PICARDI, Nicola. *Processo Civile "diritto moderno*" in, Enciclopédia Del Diritto – vol. XXXVI. Milano.

[57] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002. p. 109.

[58] PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 184.

Nesta perspectiva argumentativa mais flexível é que se inicia o debate a cerca da argumentação jurídica e da metodologia aplicável ao Direito – travado, principalmente, com o chamado pós-positivismo jurídico. Esta corrente da teoria do Direito, que surgiu como crítica, principalmente ao positivismo normativista jurídico de Kelsen, segue ganhando força ainda hoje e merece atenção especial daqueles que se interessam pela velha questão: o que é o Direito?

Sob o título "*Lógica Jurídica*" aparecem, contemporaneamente, as mais diferentes teorias. Na segunda metade do século XX há uma explosão das teorias lógicas e da argumentação jurídica. Apenas para citar alguns exemplos: a retomada *Tópica* de Theodor Viehweg,[59] A *Lógica do Razoável* de Luis Recasens Siches,[60] as teorias da Argumentação de Stephen Toulmin, Robert Alexy e Manuel Atienza. a dialética anti-dedutivista de Michel Villey e a Lógica Jurídica e a Nova Retórica de Chaïm Perelman[61]

Tais teorias são responsáveis por notáveis contribuições à renovação da Teoria do Direito na segunda metade do século XX, ligadas à perspectiva da compreensão do Direito como argumentação, como forma de solução dos conflitos e da controvérsia através do critério corretivo da Justiça, dando efetividade aos direitos fundamentais.[62]

De fato, as lógicas jurídicas têm em comum a preocupação com um tipo de racionalidade prática mais aproximada das técnicas da refutação, da controvérsia ou argumentação do que com à lógica formal, que a modernidade considera como a única capaz de ser chamada de lógica[63] e, portanto, única forma racional de tratar os fenômenos científicos.

Este movimento de retomada de um raciocínio prático para determinadas matérias do conhecimento humano não é restrita ao direito. Ensina Enrico Berti[64] a *"reabilitação da filosofia prática*" de Aristóteles, sobretudo vinculada à metodologia,

[59] VIEHWEG,Theodor.*Tópica y Jurisprudência*, op. cit.
[60] Luis Recaséns Siches além de propor a teoria que chamou de "lógica razonable" fez o maior estudo histórico da consideração dos raciocínios jurídicos nas teorias do Direito do ocidente. A meu ver é o mais completo trabalho sobre o tema e o que oferece a melhor abordagem do assunto. SICHES, Luis Recaséns. *Experencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable".* México: Fondo de Cultura Econômica, 1971.
[61] idem.
[62] Tentar-se-á, como dito na introdução, provar que Perelman propõe a solução dos conflitos das normas jurídicas através da Regra da Justiça, o que será objeto especifico do terceiro capítulo do presente trabalho.
[63] VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Op. Cit. p. 235.
[64] BERTI, Enrico, *As razões de Aristóteles*. Op. Cit. XIV.

ocorre por volta dos anos 60 em diversas obras como a *Teoria da Argumentação*[65] de Chaïm Perelman e em *Verdade e Método*[66] de Hans-Georg Gadamer.

Com efeito, para Chaïm Perelman[67] o filósofo, o teórico e o operador do Direito devem voltar suas atenções para as razões de decidir do juiz**,** ou seja, para a argumentação no processo e nos conflitos judiciais[68] bem como, com a relação entre o Direito e a Justiça.

Como ele próprio diz:

> a concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria. [69]

Chaim Perelman interessou-se, portanto, pela criação de uma lógica dos juízos de valor, ou seja, uma lógica que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguindo este caminho, por discordar da posição positivista que, ao limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico, abandona a solução dos problemas humanos à emoção, aos interesses e à violência.[70]

Para o autor tal postura

> [...] equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos

[65] PERELMAN, Chaïm. *Teoria da Argumentação – a Nova Retórica*. Op.cit.
[66] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.
[67] PERELMAN, Chaïm, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p 299.
[68] Em Aristóteles, o silogismo dialético é aquele que não parte de premissas necessárias, mas de premissas admitidas, a partir das opiniões geralmente aceitas. O silogismo analítico, ou demonstrativo, toma por premissas proposições universais, primeiras e necessárias. O silogismo dialético, por sua vez, toma por premissas opiniões. Portanto, é da utilidade prática que surge a sua necessidade e o que interessa ao presente estudo. Porém, para uma compreensão global do que vem a ser a Dialética de Aristóteles e sua aplicação na teoria do direito consulte-se: CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaïm Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus, 2007.
[69] PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*. Op.cit. p. 136.
[70] Ibidem.

> à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente a moral, ao direito e a política.[71]

Segundo Luis Recaséns Siches,[72] a idéia de que a única forma de racionalidade admitida é aquela do pensar matemático do tipo cartesiano, onde não havia interesse científico por aquilo que fosse opinável e variável, mas apenas naquilo que fosse verdadeiro empregando um cálculo, fez com que Perelman considerasse que estes filósofos entendiam que a razão se limitava ao conhecimento e aplicação de fórmulas. Nessa perspectiva, o campo de intervenção da faculdade humana de raciocinar e provar através de atos decisórios não era uma atividade racional.

Chaim Perelman formulou, portanto, uma pequena distinção entre o racional e o razoável. Aquilo que é racional pode ser descrito como o que corresponde às relações necessárias, associadas às verdades evidentes,[73] como a razão matemática, por exemplo. Por sua vez, o razoável é aquilo influenciado pelas situações contingentes, como o senso comum ou o bom senso. O razoável muda conforme as circunstâncias que se apresentam. O razoável muda na medida em que a humanidade se modifica[74].

Explica Chaïm Perelman que em direito o critério de decisão razoável é aquele vinculado à eqüidade, pois quando a aplicação de uma lei parece desarrazoada é legitimo que se recorra a eqüidade como forma de correção da aplicação.[75] Do que se conclui que na matéria prática e contingente – como é o direito – o critério de aplicação deve guardar relação com aquilo que é razoável e não necessariamente com aquilo que é racional, no sentido acima empregado.

Nos seus dizeres[76]

> Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo o fator de decisão, que é, contudo essencial. O que há de

[71] PERELMAN, Chaim. *Lógica Juridica*. Op. Cit. p. 137
[72] SICHES, Luis Recaséns. Op. Cit. p. 378.
[73] Idem, p. 28.
[74] O Razoável, digo eu, é forma de manter no ciclo científico a formulação e relação entre direito, sociedade e cultura.
[75] PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Op. Cit. p. 435.
[76] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, op. cit., 481.

> especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento de premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.

Com efeito, o direito não é direito sem se manifestar na prática e como prática, do que se vê através de Castanheira Neves, pois a efetiva dimensão da prática humano-social é que transforma a juridicidade em direito[77].

Desse modo, como salienta Manuel Atienza a importância da obra de Perelman,

> "... reside em seu objetivo de reabilitar a razão prática, ou seja, introduzir algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política etc., que venha a significar algo assim como uma via intermediária entre razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade." [78]

Destarte, como a prática jurídica oferece padrões para a razão prática, cabe ao estudioso do Direito e aos seus aplicadores não deixar de perceber que a razão prática é a perspectiva adequada a um pensamento vinculado à ação, logo, sua aplicação não é arbitrária nem irracional.

Portanto, é da necessidade do resgate da racionalidade prática para o direito que se deve partir para tratar da questão da efetividade do processo como se passará a expor.

V - Fases metodológicas do direito processual – Praxismo, Processualismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo.

Feita a introdução ao sobre o pressuposto metodológico do direito falta fazer a relação com o Direito Processual Civil.

[77] CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993, p. 25.
[78] ATIENZA, Manuel.op. cit, p. 109.

Nesta parte do trabalho tratar-se-á de mostrar que o resgate da racionalidade prática do direito operada no século XX por Chaïm Perelman e pelos seguidores do resgate da racionalidade prática para o direito é compatível com o tratamento contemporâneo dado ao direito processual civil na perspectiva do Formalismo-Valorativo[79].

Ensina Daniel Mitidiero nos *"Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro[80]"*que existe uma intima relação entre direito e cultura e que tal fica evidente quando trabalha-se com o direito processual civil, que parafraseanto Pontes de Miranda, entende ser "o ramo das leis mais rente à vida".

Nesta perspectiva pretende trabalhar a história da cultura do direito processual civil no que entende serem fases metodológicas de compreensão do fenômeno processual.

A teoria das fases metodológicas trabalhadas por Daniel Mitidiero nos seus "*Elementos* .." vai revista e ampliada na tese de doutoramento do autor[81], como a seguir será exposto.

A importante contribuição de Daniel Mitidiero nessa sistematização, trabalhada com esteira nas bases fundantes "*Do Formalismo no Processo Civil*"[82] de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, esta em identificar o modelo de racionalidade jurídica que permeia toda a formação da cultura jurídica, de modo a relacionar a Filosofia do Direito ao Direito Processual Civil, como sendo a primeira base de sustentação teórica da ordem fundamental do Direito e o segundo meio de concretização da Justiça (efetividade), buscada como fim ultimo do Direito[83].

Num primeiro momento tem-se o modelo processual do praxismo que antecede ao aparecimento do direito processual enquanto ciência. Nesta perspectiva trabalha-se

[79] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. Consulte-se, ainda, MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

[80] MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileir.*Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 11.

[81] A tese de doutorado em questão encontra-se publicada em português MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009. Em espanhol MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el Proceso Civil - Presupuestos Sociales, Lógicos y Éticos.* Lima: Communitas, 2009.

[82] ALVARO DE OLIVERIA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 2003.

[83] Ao assumir que a Justiça é fim último do direito estou me filhiando a uma visao Aristotelico-Tomista-Perelmaniano do fenomeno juridico o que é absolutamente proposital.

com o *iudicium* e não com o *processus*[84]. Metodologicamente podia se dizer que no praxismo a postura era a do processo sincrético, isto é, o processo tendo sua existência ligada ao direito substantivo.

Em relação à racionalidade envolvida tinha-se na fase praxista um modelo de racionalidade prática, vinculada a solução dos casos concretos, com possibilidade dos atores processuais lançarem argumentos na persecução do justo particular, donde segue-se que no modelo praxista o sentido ético da jurisdicidade encontra-se arraigada ao próprio modelo de direito envolvido. São expressões do praxismo as adoções pelo direito romano da *legis actiones*, o *agere per formulas* e a *cognitio extra ordinem*.[85]

Num segundo momento o processo praxista foi sucedido pelo modelo do processualismo[86]. Tal modelo identifica-se com a modernidade e é marcado por todo o ideal de ciência que permeou o período, como visto no parte I do presente trabalho.

No rigor cientifico da psique matemática o processualismo dá cientificidade ao direito processual civil, o método era o científico, através do qual seria possível extirpar do direito processual todo e qualquer resíduo de direito material, uma vez que a idéia era justificar a possibilidade científica do direito processual civil como um ramo próprio e autônomo.

Em relação à racionalidade jurídica, essa se identificava com uma racionalidade teórica, do tipo dedutivo[87], apta a retirar do plano da relação jurídica processual o problema da justiça, colocando em seu lugar o problema da norma jurídica ou do ordenamento jurídico positivo, ou seja da norma estatal e das suas relações internas a partir do preceito da validade formal.[88] No processualismo é verdadeiro falar que o processo civil fora relegado a um expediente de índole técnica.

O modelo do processualismo tem especial influência no direito processual civil brasileiro, em especial pela formação do Código de Processo Civil de 1973, o chamado código Buzaid.

---

[84] MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos…p. 17

[85] KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1999. p. 433.

[86] MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos*…Op.Cit. p. 19.

[87] Quando Daniel Francisco Mitidiero na obra 'Elementos…p. 19' explica o modelo de racionalidade envolvida no processualismo faz referencia a uma racionalidade do tipo positivo, querendo expressar que tal racionalidade se amolda a corrente do possitivismo juridico normativista que pretende aplicar o modelo dedutivo (ou silogismo) ao Direito. Aqui optou-se por questões de rigor cientifico e similitude de linguagem com a primeira parte do trabalho a chamar de racionalidade do tipo dedutivo, ainda que querendo significar a mesma corrente.

[88] A respeito da validade do ordenamento juridico e sua relação com a validade das normas de justica consulte-se KELSEN, Hans. *A Justica e o Direito Natural*. Lisboa : Almedina, 2006.

Ensina Daniel Francisco Mitidiero[89]

> Ao apresentar o Projeto do Código de Processo Civil de 1973, expondo-lhe os motivos, Alfredo Buzaid asseverava que a elaboração de um Código de Processo encerra uma empresa `eminentemente técnica. Em outra oportunidade, ao gizar as linhas fundamentais de nosso Código, em conferência na Universidade de Keyo, Buzaid fora mesmo mais enfático: o `processo civil é uma instituição técnica'. Ressai de logo, nessas assertivas, o espírito de toda uma época: o processualismo científico, de início incontestável em Oskar Bülow, no final do século XIX, parcialmente sistematizado ainda àquele tempo por Adolf Wach, desembarcado no Brasil pela mão da Escola Italiana do século XX, cujo mestre maior fora Giuseppe Chiovenda, trazido na bagagem de seu discípulo Enrico Tullio Liebman.

Com efeito, o modelo do processo civil como técnica, ou processualismo, se encaixa na na perspectiva de cientificidade do ideal moderno de exatidão, precisão e certezas.

No modelo do processualismo o papel do jurista é o de trabalhar com o conjunto das normas (e pelo momento histórico normas entendidas como regras, ou seja trabalhadas a partir do conceito de validade e de invalidade formal, com dependência dos critérios de soluções de antinomias do ordenamento jurídico).

Neste sentido, mister se faz lembrar que o papel do jurista não é pugnar pela justiça, uma vez que esta não é objeto da ciência do direito. Ao juiz é dado aplicar a lei (ou a vontade da lei) sem que haja questionamento sobre sua legitimidade.

O processualismo exerce no processo civil os mesmos efeitos que a Escola da Exegese e Teoria Pura do Direito exerceram sobre a Teoria e Filosofia do Direito, a saber: reduzir o conceito de direito ao conceito de ciência do direito expurgando da investigação todo caráter axiológico e prático dos embates jurídicos.

---

[89] MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo.* Disponível em www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221 acessado em 15.11.2008. Neste sentido consulte-se BUZAID, Alfredo. *Projeto do Código de Processo Civil de 1973*: exposição de motivos. Brasília, 1972, n. 5. BUZAID, Alfredo. Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil Brasileiro. In: ESTUDOS e pareceres de direito processual civil, com notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal" In: ESTUDIOS de teoría general e historia del proceso (1945-1972). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, v. 2, p. 308. Alude Niceto à conhecidíssima obra de BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964).

Diz Daniel Mitidiero[90]

> As grandes linhas do direito processual civil enquanto disciplina autônoma foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de período "conceitualista" ou "autonomista". As discussões inerentes à "ação", verdadeiro pólo metodológico da nova ciência, e à caracterização de inúmeros outros institutos do processo civil (atos processuais, litispendência, eficácia de sentença, coisa julgada *et coetera*) dominou a atenção dos processualistas, crentes de que estavam a praticar uma ciência pura, de toda infensa a valores – uma ciência, enfim, eminentemente técnica (o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloqüente dessa postura científica).

Do que se segue que tal modelo é o que garante autonomia e cientificidade ao direito processual civil e garante a supremacia da fiel separação de poderes, típica do modelo europeu.[91]

Por sua vez, em crítica ao processualismo surge o modelo instrumentalista do processo civil, que tem por objetivo resgatar em certa medida o vínculo entre processo e direito material, que havia sido rompido pelo processualismo.

Este modelo do instrumentalismo, ou instrumentalidade ou ainda instrumentalidade garantista[92] é o modelo proposto por Cândido Range Dinamarco[93] e tem como objetivo romper com a autonomia extrema do processo em relação ao direito material, relativizando o binômio direito x processo.

A instrumentalidade garantista no processo civil, todavia, não resgata a racionalidade prática do direito, tampouco rompe com o normativismo cientificista que foi trabalhado na parte I do presente estudo.

---

[90] MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases…op. cit.

[91] Sobre a discussão da rígida separação dos poderes no modelo europeu em contrapartida ao direito da common law, em especial sobre a discussão do sistema de freios contrapesos dos poderes, consulte-se : CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladires* ? Porto Alegre : Fabris, 1999.

[92] Daniel Francisco Mitidiero usa em sua tese de doutorado o termo perspectiva instrumentalista, aqui opto por tratar a perspectiva com o nome de Instrumentalidade Garantista seguindo o vocabulário amplamente aceito em Direito processual penal que tem a mesma matriz teórica. Neste sentido : FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razao*. São Paulo : RT, 2003 ; LOPES JR. Aury. *Introdução ao processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

[93] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco "o clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-Direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que 'a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos'"[94]

Daí se segue que o modelo da instrumentalidade garantista não tem intenção de romper com o normativismo nem totalmente com o processualismo, uma vez que não devolve a Justiça como objetivo do direito e da racionalidade jurídica, nem conduz a um papel ativo do juiz na efetividade de direitos, ainda que rompa com a idéia processualista de que processo é um direito autônomo em relação ao direito material. A instrumentalidade garantista dá ao julgador o mesmo papel que os processualistas pretendiam: a saber, o juiz preso a "boca da lei".

Com efeito, o modelo de racionalidade envolvida é ainda o da racionalidade teórica, onde o papel do julgador é o de exprimir o direito através dos modelos dedutivos e silogísticos.

Por sua vez, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[95] inicia uma corrente metodológica do processo civil nos moldes do Estado Constitucional, que posteriormente é tratada como Formalismo-Valorativo[96].

Constatou o autor que a racionalidade do direito processual não deveria ser a racionalidade meramente técnica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada, pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material, quanto a concordância dogmática da decisão[97], não desconhecendo que o valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.

Nesta senda, propugna por uma construção de um modelo processual civil baseado em duas premissas, a saber: 1) o abandono do formalismo exacerbado; 2) a cooperação entre o órgão judicial e as partes[98].

---

[94] DINAMERCO, Cândidi Rangel. A Instrumentalidade… p. 199.
[95] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo*…p. 254.
[96] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em diversas manifestações se diz influenciado pelo jurista Nicola Picardi na formulação da teoria do formalismo valorativo. A este respeito consute-se. PICARDI, Nicola. I – Processo Civile: c) Diritto Moderno. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, p. 106, v. 36.
[97] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo*…p. 246.
[98] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo*…p. 246.

Por sua vez, Daniel Mitidiero na sua tese de doutorado [99] explica que dado o caráter histórico da experiência jurídica, cada modelo de organização social corresponda um determinado papel atribuído à magistratura. Os poderes e deveres do juiz nessa ou naquela sociedade estão inequivocamente atados à organização política desse ou daquele agrupamento social.

Assim sendo, a cláusula do devido processo legal encontra-se na Constituição da República do Brasil no art. 5º, inciso LIV, tal princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 93, inciso IX).

No sistema constitucional pátrio a prestação jurisdicional é indeclinável. Ao juiz é defeso recusar decidir alegando lacuna ou conflito entre as leis.[100] Além disso, as decisões judiciais requerem motivação, sob a conseqüência de se decretarem nulas. Ao ser obrigado a julgar e a motivar suas decisões[101] deve o juiz fazer a aplicação do Direito tomando-o como um sistema, interpretando-o de modo a remover as incompatibilidades e contradições internas e motivando as sentenças de modo que elas sejam aceitas como legítimas.[102]

O juiz, para a correta aplicação do Direito, deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Dentre os elementos a serem utilizados devem estar o sistemático, o lógico e o justo. Interpretar o

[99] MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo*. Disponível em www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221. acessado em 15.11.2008.

[100] Na Constituição Federal o art. 5º, inciso XXXV, dispõem que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", o que, em combinação com o expresso no art. 126, do Código de Processo Civil Brasileiro, que dispõe: "*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*" constitui o chamado princípio da proibição do *non liquet*, herança do art. 4º , do Código Civil Francês, que por sua vez, é a antítese de todo o processo romano.

[101] Constituição Federal art. 93, inciso, IX, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

[102] PERELMAN, *Ética e Direito*, op. cit., p. 472

texto legislativo pressupõe vontade e raciocínio. Dar efetividade aos direitos é ir além da interpretação.

Nesta perspectiva, imperioso lembrar que na busca de tomada de decisões no âmbito da racionalidade jurídica deve-se ter em mira uma questão fundamental para a Teoria do Direito no Estado Constitucional, a saber a efetividade do direito.

Com apoio em Carlos Alberto Álvaro de Oliveira[103] é possível dizer que no plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir da consciência adquirida no início do século XX quanto ao caráter público do processo. Assim, segue o autor, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais [104], impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Com efeito, conclui que sob a perspectiva contemporânea do Direito Processual Civil, em especial sob a égide do formalismo-valorativo, há de se pensar o direito como garantia da busca da justiça no caso concreto, da efetividade, empreendendo o processo justo, alçado aos valores constitucionais como um procedimento em contraditório. Constata Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[105] que "o estabelecimento, como principio geral do processo, do principio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo".

Assim, pode-se dizer que a contemporânea teoria do direito processual civil intitulada Formalismo-Valorativo vai ao encontro das teorias Lógico Jurídicas, em especial a de Chaïm Perelman trabalhada na parte antecedente, uma vez que resgata a função da racionalidade prática para os embates judiciais e atribui um novo poder-dever ao julgador: a necessidade de trabalhar no caso concreto a efetividade do direito, nos limites da racionalidade, da razoabilidade e no reconhecimento cultural dos preceitos de justiça.

---

[103] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em www.mundojuridico.com.br acessado em 15.11.2008.
[104] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo...p. 83 e seguintes.*
[105] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo*...p.254.

A necessidade Constitucional de motivação nas sentenças judiciais, nesta banda, não se amolda mais com o simples emprego do silogismo judiciário, ao juiz é imposto o dever se raciocinar, argumentar e efetivar direitos, dando-lhe um papel para além do "boca da lei" transformando-o em ator político efetivador de direitos.[106]

VI – Conclusão

Na busca da solução justa a dialética é meio, pois a estrutura da argumentação dialética, que motiva uma decisão, é diferente do silogismo científico, pelo qual se passa das premissas à conclusão necessariamente. A passagem dos argumentos dialéticos à decisão, ao contrário, não é obrigatória, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de decidir de outro modo ou, simplesmente, de não decidir. Quando as premissas são enfraquecidas, através da dialética, não se impõe uma decisão como obrigatória, mas como a mais provável, razoável, ou como sendo a melhor possível naquele caso concreto.

Portanto é a estrutura acima que Chaïm Perelman vai resgatar no século XX, ao reinventar uma teoria da argumentação jurídica nos moldes propostos pela relação entre dialética e justiça.

Perelman constatou que a tradicional filosofia do Ocidente, desde o século XVII, sofreu influência do desenvolvimento da *psique* matemática e das ciências naturais baseadas na experiência, na medida, o pensamento e o cálculo. Tudo aquilo que não fosse possível de ser reduzido a uma quantidade deveria ser considerado como vago e confuso. A partir disso, Perelman traça uma evolução histórica tanto do conceito de Direito quanto das técnicas do raciocínio jurídico. Em Roma e na Idade Média, mostra como o Direito é elaborado segundo um modelo dialético ou argumentativo; nos teóricos jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII – que se ocuparam em construir uma jurisprudência universal, fundada em princípios racionais – destaca um modelo de raciocínio dedutivo.

Explica que ao ideal de jurisprudência universal se opuseram três teses: a de Hobbes, a de Montesquieu e a de Rousseau. Tais idéias confluíram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção de direito: o conjunto de leis. O conjunto de

[106] A tese aqui apresentada de forma superficial tem o condão apenas de apresentar o problema que será objeto de futuras pesquisas, dado a limitação de objeto de pesquisa do presente trabalho monográfico.

leis marcou a finalidade das grandes codificações. Com o Código de Napoleão surge a *escola da exegese* que dominou o conhecimento jurídico continental até aproximadamente 1880, concebendo o direito como um sistema dedutivo e o raciocínio judicial, segundo a teoria do silogismo.

No século XX, por sua vez, inspirado no modelo do positivismo científico Hans Kelsen estuda o direito enquanto ciência. A *Teoria Pura do Direito* tinha como missão conceber o direito segundo o ideal de toda ciência, com objetividade e exatidão. Para tanto, pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos, como a consideração sobre os juízos de valor. Este era o postulado metodológico fundamental de sua teoria do direito enquanto ciência. Portanto, se o direito é um sistema científico exato e objetivo é um sistema de normas dotado de lógica formal.

Após a Segunda Guerra Mundial Chaïm Perelman interessou-se pela criação de uma lógica dos juízos de valor, que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, ao invés de tratá-los como arbitrários e irracionais. Seguiu este caminho, por discordar da posição positivista de limitar o papel da lógica, do método científico e da razão à solução de problemas de fundo meramente teórico. Chegou à conclusão inesperada de que não há uma lógica formal dos juízos de valor, mas que, em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões, seja na filosofia moral ou no direito, é possível recorrer à argumentação. Ficou convencido da existência de técnicas de argumentação e persuasão, em particular aquelas estudadas por Aristóteles nos *Tópicos* e na *Retórica*, do tipo dialético, como forma de racionalidade peculiar das ciências morais como a política, a ética e o direito. Assim, a dialética pode ser utilizada como instrumento para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação.

A partir de então, passou a estudar como desenvolver, no domínio do Direito, a retórica (ou dialética) concebida como uma maneira de discutir e alcançar a um acordo sobre valores, sem abandonar o campo da razão, mas transcendendo as categorias da lógica formal baseada na demonstração científica. Com efeito, ao efetuar a reabilitação do método que regula os raciocínios argumentativos do tipo dialético estabeleceu a relação da argumentação com a noção de justiça.

Para compatibilizar o direito positivo e o fim da justiça, Chaïm Perelman focalizou sua teoria nas razões de decidir o juiz no processo judicial. Explicou que o raciocínio jurídico se dá primordialmente nas razões do juiz em aplicar o direito no caso concreto. O juiz não deve apenas se contentar em deduzir a partir de texto legais, mas deverá recorrer a vários elementos, principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução. Esta lógica que se ocupa das controvérsias, das decisões e das razões de escolha dos juízes não é uma lógica formal baseada na busca de uma verdade, no sentido de precisão, mas é uma lógica que deve procurar a verdade prática, ou seja, aquela que trabalha para estabelecer como é melhor agir numa determinada situação concreta, por isso foi chamada de *Lógica Jurídica*.

Assim, ao chegar a uma decisão concreta que seja possível, aceita, razoável explica-se a relação entre justiça e dialética, que Aristóteles legou a Chaïm Perelman. A justiça é o fim último do Direito. Para que o direito realize o seu fim os raciocínios jurídicos devem formar-se nas bases dialéticas, atentos aos casos concretos e não apenas de modo a contemplar o universal. O justo é aqui o concreto do ato particular. Portanto, é nesse ponto que Chaïm Perelman se afasta daquilo que chamou de positivismo e retoma o uso da razão prática no domínio do direito. Esta é a grandeza de sua obra.

Por sua vez, no domínio específico do Direito Processual civil este debate a cerca da racionalidade jurídica não ficou esquecido.

Com efeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Francisco Mitidiero se propuseram a estudar o Direito processual civil para além de sua vinculação como mera técnica.

Para tanto, analisaram a vinculação entre direto e cultura e identificaram que o processo civil contemporâneo do Estado Constitucional, não poderia estar vinculado e amarrado a cientificidade e tecnicidade que lhes fora imposta pelo modelo científico da precisão e certeza da psique moderna da racionalidade humana. Isto é, para persecução do processo no Estado Constitucional a racionalidade processual tem que ir além da simples dedução silogística

Ou seja, o direito processual civil não é, para os autores, mera técnica e sim meio de efetivação de direitos fundamentais. A efetividade de direitos requer que a Justiça volte a pautar os julgamentos e os atos processuais, devolvendo, com isso a

Justiça como fim do direito e resgatando no ramo do direito mais prático racionalidade jurídica prática.

Para tanto, cunharam uma nova forma de compreender o processo civil, a saber: O Formalismo-Valorativo, que tem como sustentação a racionalidade prática como método próprio de compreensão do direito.

Neste sentido, é possível concluir que a relação entre Direito Processual Civil e racionalidade dialética da Filosofia do Direito ganha relevo, uma vez que não há como pensar o processo civil no Estado Constitucional, sem entender o direito como justiça. Em outras palavras, o processo civil como cultura, como justiça no caso concreto não pode pressupor um modelo matemático de derivação/demonstração pena de desnaturlizar-se o real sentido de ser de tal ramo do direito, a saber, a tutela efetiva aliada aos valores máximos do sistema Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ABITBOL, Gabriel. *Herméneutique normative et logique juridique du Talmud*, Paris, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Malheiros, *2008.*

ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Do formalismo no processo civil*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES, *Arte Retórica e Arte Poética*. São Paulo: Ediouro, 16ª edição.

_____, *Ética a Nicomaco*, São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____, *Organon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____, *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

_____, *Trás la justicia*. Espanha: Ariel Derecho, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.* São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTIT, Michel et FOLLON, J. *Logique et metaphysique dans l´organon d´Aristote – acte du colloque de dijon*. Louvain:Editions Peeters/Louvain-la-neuve, 2001.

BASTIT, Michel. Naissance de la loi moderne. Paris: PUF, 1990.

BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*, São Paulo: Loyola, 1997.

_____, *As razões de Aristóteles*. São Paulo: loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores* ? Porto Alegre : Fabris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica — Problemas Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

CYRILLO DA SILVA, Carolina. *Chaïm Perelman – Da argumentação a Justiça um retorno a Aristóteles*. Porto Alegre: Linus, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

FAGUNDÉZ, Paulo Roney Ávila (org). *A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo.* Brasília: OAB, 2004.

FARJEAT, Luis Xavier López. *Teorias aristotélicas Del discurso*. Navara: EUNSA, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo : RT, 2003.

FINNIS, John. *Aquinas – Moral, Political, and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1998;

FRYDMAN, Benoit e HAARSCHER, Guy. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz 2002.

FRYDMAN, Benoit. *Lê sens des lois – histoire de l'interprétation et de la raison juridique*. Bruxelas: Bruyant, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *El inicio de la sabiduría*. Barcelona: Paidos, 2001.

_____. *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GOYARD-FABRE, Simone. *De quelques ambiguités du positivisme juridique, In, Cahiers de philosophie politique et juridique n. 13*. Caen: Centre de Publications de L´Université de Caen, 1990.

_____,. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris: Vrin, 2003.

_____ *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HACK, Pierre. *La philosophie de Kelsen – Epistémologie de la Théorie Pure du Droit*. Genevé : Helbing & Lichtenhahn: 2003.

HOBBES, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Claret, 2002.

HÖFFE, Otfried. *Aristóteles.* In, RENAUT, Alain. História da Filosofia Política 1 – A liberdade dos antigos. Lisboa: Instituto Piaget. 2001.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre : livraria do Advogado, 2006.

LOPES JR. Aury. *Introdução ao processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

MANELI, Mieczyslaw. *A Nova Retórica de Perelman – filosofia e metodologia para o século XXI*, São Paulo: Manole, 2004.

McKEON, Richard. *Greek Dialectics: Dialectic and Dialogue*. In PERELMAN, Chaim et all - *Dialectic and Rhetoric, in Dialectic – Dialectiques*, ED.Martinus Nijhoff. Holanda: 1975.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: praxismo, processualismo, e formalismo em Direito Processual Civil* – in, Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n° 33, Curitiba: Gênesis, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo.* Disponível em www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221 acessado em 15.11.2008

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009. MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el Proceso Civil - Presupuestos Sociales, Lógicos y Éticos.* Lima: Communitas, 2009.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito.* Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PEREDA, Carlos – *Teorias de la argumentacion*, in OLIVÉ, Leon. *Enciclopédia Ibero Americana de Filosofia – Racionalidad epistemica*. Madrid: Trotta, 1995.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Ciência e Dialética em Aristóteles*. São Paulo: UNESP, 2001.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECTHS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação Jurídica – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm, *Philosophie morale – L'antiquité e le moyen âge*. Bruxelas: Presse universitaires de Bruxelles, 1967.

_____, *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *De la Justice*. Bruxelas: Office de publicité, 1945.

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Études de logique juridique – vol. VII, L´usage et l´abus de notions confuses,* Bruxelles: Bruylant, 1978.

_____. *Études de logique juridique – vol. VII, L´usage et l´abus de notions confuses*, Bruxelas: Bruylant, 1978.

_____, Chaim. *L'Empire Rhétorique*. Paris: Vrin, 1997.

_____, Chaim. *La question juive*, in - *Synthèses, n°3*. Bruxelas, 1946.

_____, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. PHILIPPI, *Jeanine Nicolazzi. A Lei uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PICARDI, Nicola. *Processo Civile "diritto moderno*" in, Enciclopédia Del Diritto – vol. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987. p. 101/118.

PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação Jurídica – Da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo. LTr: 2001.

PONTES, Kassius Diniz da Silva et all. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea.* São Paulo: Carthago editorial, 2002.

REALE, Giovani. *História da Filosofia – patristica e escolástica.* São Pulo: Paulus, 2003.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RENAULT, Alain (direção) *História da Filosofia Política/1 – A liberdade dos Antigos*, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____, *Historia da Filosofia Politica – 3 – Luzes e Romantismo.* Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

_____, *Historia da Filosofia Politica – 4 – As críticas da modernidade política.* Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RHONHEIMER, Martin. *Ley Natural y Razón Prática – una visión tomista de la autonomia moral*. Navarra: EUNSA, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *Les troi types de pensée juridique.* Paris: PUF, 1995.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable".* México: fondo de cultura econômica, 1971.

STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Paris: Flammarion, 1986.

_____. *Progreso o retorno?.* Brcelona: Paidos, 2004.

_____. Qu'est-ce que la philosophie politique. Paris: PUF, 1992.

STRENGER, Irineu. *Lógica Jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TIGAR, Michael E. et LEVY, Madeleine R. *Direito e Ascensão do Capitalismo*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

TROPER, Michel. *La filosofia del derecho*. Madrid: Tecnos, 2004.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Madrid: Taurus, 1986.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. _____, *L´art du dialogue dans la Somme théologique* – in, *Archives de Philosophie du droit – tome 29 – dialogue, dialetique em philosophie et en droit*. Paris: Sirey, 1984.

_____. *La formation de la pensée moderne*. Paris: Montchrestien, 1986.

_____. *Leçons d´histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1984.

_____. *Leçons d´Histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002.

_____. *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*. Paris: PUF, 1987.

WALINE, Michel. *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*. In, Melanges Carré de Malberg. Paris: Sirey, 1933.

ZANATTA, Marcello. *Dialectique et science chez aristote* - In, Bastit. Michel et Follon, J. *Logique et metaphysuque dan l ´organon d´Aristote – acte du colloque de dijon*. Bruxelas:Editions Peeters Louvain-la-neuve, 2001.

ZANETI JR, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e procedimento probatório* – in, Gênesis – Revista de Direito Processual Civil n° 31. Curitiba: Gênesis, 2004.

ZARKA, Yves Charles. *O direito natural moderno*. In, RENAUT, Alain (Org.). *História da Filosofia Política/2 – Nascimentos da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

INSTRUMENTOS HETEROTÓPICOS DE IMPUGNAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS: O MANDADO DE SEGURANÇA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E A RECLAMAÇÃO AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Celso Jorge Fernandes Belmiro

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura – EMERJ. Notário no Rio de Janeiro e ex-Procurador da Fazenda Nacional.Professor de Direito Processual Civil da EMERJ, ESA/OAB e dos cursos CEJ e Masterjuris

Resumo: O presente estudo busca analisar a possibilidade de revisão, pelos Tribunais de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça, das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais cíveis, através da utilização de instrumentos de impugnação que não guardam natureza recursal, como o mandado de segurança e a reclamação constitucional, considerando-se a jurisprudência que vem sendo construída no país acerca do tema.

Palavras-Chave: Juizados Especiais. Impugnação. Recursos. Mandado de Segurança. Reclamação.

Abstract: The present study aims to analyze the possibility of review by the Courts and by the Superior Tribunal de Justiça of the decisions rendered by the Small Claim Courts of the states, through the use of impugnment instruments which don't have appeal nature, like the *writ of mandamus* and the "reclamação constitucional", considering the jurisprudence that has being constructed in the country about this matter.

Keywords: Small Claim Courts. Impugnment. Appeals. *Writ of Mandamus*. "Reclamação".

1. Considerações iniciais

O sistema de impugnação das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais cíveis apresenta-se, desde a edição da Lei 9.099/95, bastante incompleto e

reiteradas vezes dependente da atividade integrativa da doutrina e da jurisprudência, com vistas a lhe conferir uma necessária lógica estrutural e sistêmica.

Por certo que uma das possíveis causas para o fenômeno reside na forma pela qual historicamente são criados os procedimentos especiais cíveis em nosso Direito, via de regra através da utilização do procedimento ordinário como estrutura mestra e, a partir dele, com a modificação de um ou outro dispositivo, pretende-se a criação de um modelo totalmente novo de procedimento, resolvendo-se eventuais omissões pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.[1] Ocorre, porém, que a atividade nem sempre se revela exitosa.

Especificamente em relação aos juizados especiais, a maior dificuldade parece ter sido a ausência de percepção, por parte do legislador, de que não se cuidava tão-somente da criação de um novo procedimento, mas sim de toda uma nova modalidade de prestação jurisdicional, revelando-se a prática muito mais fecunda e inovadora do que a tímida previsão legislativa e os dispositivos nela elencados foram capazes de regular. Assim um novo "microssistema" era forjado, com princípios próprios e estrutura bastante diferenciada do que até então se encontrava em termos de jurisdição civil. Uma nova modalidade de tutela jurisdicional que os 59 (cinquenta e nove) artigos da parte cível da Lei 9.099/95 não foram capazes de regulamentar em sua inteireza, especialmente em relação ao tema dos recursos e dos outros meios de impugnação das decisões ali proferidas.

Com efeito, em relação ao sistema recursal que pretendeu instituir, a lei limitou-se a dedicar ao tema duas únicas seções, a saber: a *Seção XII*, tratando da sentença (e dentro desta seção o recurso "inominado" cabível contra tal provimento) e a *Seção XIII*, tratando dos embargos de declaração.

Nada se tratou, portanto, acerca do cabimento de recurso contra decisões interlocutórias eventualmente proferidas pelo juiz em atuação no primeiro grau de jurisdição ou de decisões deste tipo proferidas monocraticamente pelo relator do recurso na Turma/Conselho Recursal e menos ainda sobre os recursos eventualmente cabíveis contra o acórdão proferido pelas Turmas/Conselhos Recursais. Quanto a estas questões

[1] Observe-se que a lei dos juizados especiais fez tal previsão ao final da disciplina dos juizados especiais criminas, sem seu art. 92, mas não o fez em relação aos juizados especiais cíveis e o Código de Processo Civil (art. 92. *Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei."*

e a diversos outros questionamentos e dificuldades surgidas na *praxis* diária, a lei simplesmente se omitiu.

Todos os contornos do sistema recursal estruturado para os juizados especiais, tiveram, então, de ser traçados pela atuação pontual e específica da jurisprudência, em especial aquela oriunda das turmas recursais, dos enunciados do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) [2], além dos enunciados da súmula da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF), compondo-se com isso um conjunto razoavelmente coeso de regras que visam a suprir as lacunas da legislação e a disciplinar a impugnação das decisões proferidas no âmbito daqueles órgãos jurisdicionais.

Ocorre, porém, que a despeito do trabalho de integração levado a efeito ao longo dos mais de 15 anos de vigência da Lei 9.099/95, algumas questões ainda restavam não inteiramente resolvidas, em especial a possibilidade de exercício de poder revisional pelos Tribunais de Justiça estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça sobre as decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais, havendo forte tendência a se afirmar, de forma categórica (e, quiçá, precipitada), que os provimentos emanados do microssistema dos juizados seriam insuscetíveis de qualquer tipo de controle por parte daqueles tribunais.

O que se pretende através do presente ensaio é, num primeiro passo, a demonstração de que é possível que seja efetivamente revista pelo Tribunal de Justiça, em caráter excepcional, a decisão proferida por aqueles órgãos, nos casos em que se discute a competência do próprio juizado especial cível, cabendo, desta decisão, recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça. Em outro passo, demonstrar-se-á que também é possível a revisão por este tribunal superior nos casos em que sua jurisprudência não seja observada nas decisões proferidas nos juizados, valendo-se a parte prejudicada, para este fim, da reclamação constitucional prevista na Constituição da República. Os caminhos para esta revisão serão abordados nos tópicos seguintes.

[2] Todos os enunciados do FONAJE são extraídos de reuniões sistemáticas e programadas de juízes em atuação nos juizados especiais cíveis estaduais por todo o Brasil e disponibilizados no sítio www.fonaje.org.br

2. Brevíssimos apontamentos sobre o mandado de segurança e sua impetração contra atos judiciais

2.1 O mandado de segurança como instrumento de impugnação de atos do "Poder Público"

Nos estreitos limites do que se pretende demonstrar através do presente estudo, não se revela indispensável uma análise minuciosa de todos os contornos do mandado de segurança, tampouco as diversas questões controvertidas que sobre ele se instauraram ao longo dos vários anos de sua aplicação. Porém, para efeito de introdução às investigações levadas a efeito nos tópicos seguintes, algumas noções introdutórias se fazem necessárias, em especial aquelas acerca de seu objeto como um todo e do cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais, especificamente.

Assim é que, positivado nas Constituições da República desde 1934[3], quando não possuía qualquer instrumento idêntico no direito estrangeiro, constitui o mandado de segurança ação/remédio constitucional de natureza civil[4] e processual[5], tendo sido suas regras gerais regulamentadas originariamente pela Lei 1.533/51 e mais recentemente pela Lei 12.106/09. A título ilustrativo e como forma de homenagem ao grande jurista que foi, relembra-se aqui clássica definição doutrinária dada ao instrumento por Helly Lopes Meirelles, que perpassou toda a doutrina processual e constitucional e que, a despeito de sua longevidade, permanece atual:

> Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade

[3] Na Constituição de 1988, o mandado de segurança é previsto no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º. LXIX, cuja redação é a seguinte: "*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por* habeas corpus *ou* habeas data, *quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público".*

[4] Pouco importando, sob esse aspecto, a natureza que ostente o ato impugnado (penal, trabalhista, eleitoral etc.)

[5] Sobre a natureza eminentemente *processual* do mandado de segurança, os ensinamentos de Barbosa Moreira, para quem "O mandado de segurança, embora consagrado na Constituição, como se consagra na Constituição a ação popular, hoje a ação civil pública, e vários outros institutos, de cuja natureza jurídica ninguém até agora teve a ousadia de duvidar, embora seja um instituto de assento constitucional, de base constitucional, é um remédio processual, um instituto evidentemente processual. Trata-se de um processo." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Segurança – uma apresentação *in Mandado de Segurança.* Coord. Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 83

> reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.[6]

Apresentado o conceito perene e na linha da restrição temática já identificada, cumpre que sejam analisados assim, de forma mais detida, os atos *de autoridade* que estão efetivamente sujeitos à impetração, vale dizer, o *objeto* do mandado de segurança, investigando-se que categorias de autoridades tem seus atos sujeitos ao questionamento judicial através deste instrumento e que espécie de atos podem ser questionados, vale dizer, uma breve abordagem acerca da noção de "autoridade coatora" e de "ato coator".

Com efeito, em função da própria redação da Constituição da República, o mandado de segurança deverá ser impetrado para impugnação de ato de autoridade acoimado de ilegalidade ou abuso de poder, devendo ser considerada "autoridade", para fins de impetração, todo agente público que detenha o "poder de decidir", pouco importando a categoria ou as funções exercidas, sendo igualmente desimportante a esfera em que atua, se federal, estadual ou municipal ou ainda se administração direta ou indireta (autarquias e fundações, por excelência), admitindo-se até mesmo que seja pessoa privada, mas desde que esteja investido de atribuições próprias do Poder Público[7]. A noção de autoridade coatora é, pois, bastante ampla.

Quanto ao tema do ato coator, é ele um ato praticado ou omitido por pessoa investida de uma parcela do poder público[8] sendo certo que, embora inicialmente houvesse tendência para só aceitar o mandado de segurança quando o ato coator proviesse de autoridade administrativa (integrante do Poder Executivo), houve significativa evolução no sentido de admitir-se a sua impetração também quando o ato coator fosse praticado por integrantes dos Poderes Legislativos e Judiciário, embora com maiores restrições quanto aos atos típicos desses poderes, que são a lei e o ato jurisdicional.

[6] MEIRELLES, Helly Lopes. *Mandado de Segurança...* São Paulo: Malheiros, 1990. 21.ed. p. 21
[7] Como é o caso sempre citado dos reitores de universidades ou diretores de faculdades privadas
[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Mandado de Segurança: Ato Coator e Autoridade Coatora *in Mandado de Segurança.* Coord. Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 147

Observa-se, assim, que a noção de ato coator era originariamente associada ao ato *administrativo* praticado de forma ativa ou de forma omissiva pelo agente *do Poder Executivo.* Somente com o desenvolvimento das investigações doutrinárias e da atuação jurisprudencial é que passou-se a entender que o ato administrativo coator poderia provir de qualquer dos Poderes estatais, bem como de agentes a quem se houvesse delegado a execução das atribuições próprias e típicas do Poder Público[9].

A questão adquire contornos mais relevantes quando se procede à análise sob o ponto de vista da impetração do *mandamus* contra ato judicial típico, vale dizer, para impugnação de uma decisão proferida em um processo judicial, por força de restrições que vieram a ser estabelecidas pela legislação infraconstitucional regulamentadora da matéria (especialmente a existência de um sistema de recursos *stricto sensu*, estabelecido em lei para impugnação dos atos judiciais), como será visto no item seguinte.

2.2 A impetração de mandado de segurança como forma autônoma de impugnação de atos judiciais

Por certo, mais adequada a encabeçar o tema do qual se pretende tratar seria a epígrafe "A impetração de mandado de segurança contra atos *jurisdicionais",* uma vez que o que se está a investigar é o cabimento do *mandamus* contra o ato jurisdicional *típico*, vale dizer, aquele através do qual o Estado exerce *jurisdição*, aplicando a lei ao caso concreto e, no mais das vezes (ainda que não exclusivamente), solucionando conflitos de interesse. Atos *jurisdicionais* que pertencem ao gênero mais amplo dos atos *judiciais,* mas com os quais não se confundem, uma vez que, a título ilustrativo, também ostentam a classificação de judiciais os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário[10] e contra os quais não resta qualquer dúvida quanto ao cabimento de mandado de segurança. O que se vai analisar, portanto, é a possibilidade de impetração do remédio constitucional contra o ato *jurisdicional,* mantendo-se o título apenas em homenagem à tradição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

[9] FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo – aspectos polêmicos).* São Paulo: Malheiros, 1992. p.68

[10] Dos quais são exemplos a licitação para a realização de obras na edificação em que sediado ou tribunal, ou mesmo a simples nomeação de servidor ou sua apenação através de procedimento administrativo disciplinar.

Sobre a questão – acerca do qual já se travou intenso debate no Direito brasileiro, mas que hoje parece superado, tendo em vista a maturidade adquirida pela utilização exaustiva do instrumento ao longo dos anos – é possível a afirmação de que viola os mais comezinhos princípios de direito processual e constitucional a eventual proibição de impetração de mandado de segurança contra o ato judicial, pretendo-se uma suposta limitação do mesmo aos atos administrativos (típicos ou atípicos) violadores de direitos líquidos e certos, tendo em vista que a lesão pode-se dar tão ou mais intensamente no processo estatal de prestação jurisdicional, se feita a comparação com um simples ato administrativo sujeito que é, em última análise, ao próprio controle jurisdicional posterior. Válidas e definitivas, neste sentido, as palavras sempre esclarecedoras de Sérgio Ferraz:

> A possibilidade de arrasadora ofensa ou ameaça a direito líquido e certo é muito mais aguda no ato jurisdicional que no ato legislativo típico ou até mesmo no ato administrativo. As características e os efeitos dos atos jurisdicionais são de tal natureza que a ilegalidade ou o arbítrio, neles eventualmente manifestados, são suscetíveis de gerar teratologias permanentes e irreversíveis – o que raramente se dá, p.ex., com o ato administrativo. Só por aí já se teria justificação suficiente para uma postura intensamente liberal quanto à admissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional.[11]

Assim, admitida em tese a impetração do *mandamus* contra o ato judicial[12], o que pode eventualmente variar são os pressupostos a serem observados para a efetiva utilização do remédio constitucional em tais casos, tornando-se necessária a investigação acerca da velha noção limitadora segundo a qual o mandado de segurança não se presta a ser substitutivo de recurso (vale dizer, não é possível a utilização do *mandamus* quando a lei prevê determinado recurso para atacar o ato judicial), interpretação esta decorrente da antiga redação do art. 5º., II da revogada Lei 1.533/51[13],

[11] FERRAZ, Sérgio. *op.cit.*, p. 85

[12] A bem da verdade, o ato impugnável pode provir de autoridade de qualquer dos três poderes, só não sendo admissível, em princípio e na esteira dos ensinamentos de Helly Lopes Meirelles, contra atos *meramente normativos* (lei em tese), contra a coisa julgada e contra os atos *interna corporis* de órgãos colegiados. MEIRELLES, *op. cit.*, p. 37

[13] A redação do dispositivo revogado e tantas vezes analisadas pela doutrina era a seguinte (art. 5º. , II da Lei 1.533/51): "*Art. 5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar (...) II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição."*

ou ainda da impossibilidade de sua utilização quando a lei preveja recurso com efeito suspensivo, nos exatos termos da vedação hoje contida no art. 5º., II da Lei 12.016/09, segundo o qual "*não se dará mandado de segurança quando se tratar (...) decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo"*[14]. Há que se investigar, portanto, em um primeiro momento, a constitucionalidade da norma restritiva da garantia constitucional.

Sobre a questão proposta, traz-se à colação a posição apresentada pelo eminente jurista baiano Calmon de Passos que, em trabalho magistral, sustentou, de forma fundamentada e sistematizada, que a existência de recurso não impede a impetração da segurança, *tenha ele ou não efeito suspensivo* (além do que a parte não está obrigada a interpor o mesmo como requisito prévio à impetração do MS)[15]. Trata-se de entendimento defendido à luz da redação original contida no art. 5º., II da Lei 1.533/51, mas que não se tornou em nada prejudicado ou obsoleto pela revogação da antiga lei do mandado de segurança, pois o conteúdo atual do dispositivo também cria condicionamento, de forma aparentemente inconstitucional, à impetração do mandado de segurança, estabelecendo restrição (a inexistência de recurso com efeito suspensivo) não expressamente prevista em sede constitucional. Adota o ilustre processualista baiano, entre outros fundamentos, tradicional regra de hermenêutica segundo a qual não pode o legislador infraconstitucional estabelecer condições ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado.[16]

Ocorre, porém, que ainda que sedutora e juridicamente bem estruturada a tese, não é esta a posição reconhecida pela doutrina majoritária e, em especial, pela jurisprudência dos tribunais superiores[17] no que tange à possibilidade (ao menos em

[14] De se observar que a restrição legal é hoje bem menor do que na redação anterior. Nos estritos limites do texto legal revogado, não se daria mandado de segurança se houvesse recurso previsto em lei (a restrição por certo foi mitigada pela jurisprudência), ao passo que a restrição da lei em vigor é limitada à hipótese em que haja recurso E tenha este recurso efeito suspensivo.

[15] CALMON DE PASSOS, J. Joaquim. *O mandado de segurança contra atos judiciais.* RePro nº 33

[16] Na doutrina de Sérgio Ferraz, "*cabe mandado de segurança contra o ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameace ou viole direito líquido e certo. E só! A irreparabilidade do dano ou da inexistência de recurso com efeito suspensivo não são critérios de admissão em tese do* mandamus." *op.cit.*, p. 86

[17] Cita-se, como exemplo de restrição infraconstitucional hígida, a questão do prazo limite para impetração (120 dias), também regulado na legislação de regência a despeito de qualquer previsão constitucional neste sentido. O Supremo Tribunal Federal, através do enunciado 632 da súmula de sua jurisprudência, entendeu como plenamente constitucional a limitação prevista na Lei 1.533/51. Este o teor do enunciado 632: "*É constitucional a lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança."*

tese) de limitação infraconstitucional de um tal direito, entendendo-se como plenamente constitucional a restrição em questão, especialmente quando se tem em mente que o condicionamento previsto na nova lei do mandado de segurança é significativamente menor que aquele outro da disciplina anterior.

Com efeito, superando-se a questão e considerando-se como válida e de acordo com a *Lex legum* o dispositivo contido no art. 5º, II da Lei 12.016/09, de forma a impedir-se efetivamente a impetração nos casos em que há previsão expressa de recurso ao qual a lei atribua efeito suspensivo, pode-se afirmar que, em tentativa inicial de sistematização da matéria, que três serão as hipóteses em que restará efetivamente cabível a impetração do mandado de segurança contra ato judicial, a saber: a) quando a lei expressamente dispuser que contra o ato não cabe nenhum recurso, vale dizer, o ato é considerado pela lei como *irrecorrível*[18]*;* b) quando a lei silenciar quanto ao recurso a ser eventualmente interposto para atacar o ato, ou seja, a lei não prevê qualquer recurso para a impugnação do ato (o que é diferente de expressamente determinar sua irrecorribilidade, como na hipótese anterior); e c) quando a lei disciplina o recurso adequado para a impugnação do ato, porém retira-lhe o efeito suspensivo, quando então a impetração do MS terá como fim exclusivo a atribuição de tal efeito ao recurso[19].

Para a aplicação do remédio constitucional mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais torna-se relevante a segunda das hipóteses aqui mencionadas, como será visto no tópico seguinte.

3. A possibilidade de impetração de mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais cíveis

Nas considerações iniciais ao presente ensaio, fez-se alusão à precariedade do sistema de impugnação das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais, especialmente pelo fato de a Lei 9.099/95 ter sido bastante tímida na regulamentação de sua estrutura recursal, prevendo tão-somente o recurso inominado, cabível contra a

[18] Como de fato acontece com os "despachos" judiciais ou ainda em situações outras em que, a despeito de se tratar de decisão judicial *stricto sensu*, a lei veicula a sua irrecorribilidade, citando-se para tanto os artigos 519, parágrafo único, 527, parágrafo único, e 543, § 2º. e § 3º., todos do CPC

[19] Apesar de reconhecida pela tradição jurisprudencial brasileira, a impetração do mandado de segurança apenas para dar efeito suspensivo a recurso dele desprovido é, para Calmon de Passos, no trabalho citado (no que é seguido por autores como Celso Agrícola Barbi e Lúcia Vallle Figueiredo) *atentatória à lei e à técnica processual.*

sentença ali proferida e os embargos de declaração, oponíveis contra a sentença e o acórdão proferido pelas turmas recursais. Por conta desta incompletude sistêmica (ao menos no que se refere à previsão legal), várias indagações surgiram quando da implementação daquela nova via de prestação jurisdicional, grande parte delas solucionadas pela jurisprudência, seja através dos enunciados do FONAJE – Fórum nacional dos juizados especiais cíveis, seja através dos julgados das próprias turmas recursais e dos tribunais superiores.

Com efeito, um dos tantos questionamentos levantados sobre os recursos no âmbito dos juizados especiais foi a ausência de previsão, na Lei 9.099/95, acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias e, em caso positivo, qual o instrumento efetivamente utilizável para esta impugnação, sendo certo que, diante da ausência de previsão acerca da possibilidade de interposição de agravo de instrumento, passou-se a vislumbrar a impetração do mandado de segurança para a impugnação de decisões que viessem a causar graves prejuízos a uma das partes. Para tanto, porém, os requisitos constitucionais e legais haveriam de ser observados.

Assim é que, repisando sistematicamente a análise feita no tópico anterior, três são as hipóteses práticas em que se admite a impetração de mandado de segurança contra ato judicial: a) a lei expressamente determina que o ato judicial é irrecorrível e b) a lei silencia quanto à recorribilidade do ato judicial ou quanto ao recurso que deva ser utilizado e c) a lei estabelece que o recurso é desprovido de efeito suspensivo e o mandado de segurança é utilizado especificamente para este fim.

Como exemplo da primeira das hipóteses de cabimento de mandado de segurança, tem-se o despacho judicial que, na conformidade do art. 504 do CPC, não desafia qualquer recurso. Desta forma, provando a parte estar sofrendo algum prejuízo com o despacho proferido e diante de sua irrecorribilidade, abrem-se as portas para a impetração do mandado de segurança.

Outrossim, como exemplo da segunda das hipóteses indicadas de utilização do *writ*, surge a questão envolvendo as decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos juizados especiais, tendo em vista que a lei é absolutamente silente quanto ao cabimento do agravo de instrumento, entendendo-se que, de tal silencio, deve-se extrair a conclusão de que o agravo (retido ou de instrumento) contra a decisão interlocutória proferida em primeiro grau de jurisdição não é recurso passível de interposição no

âmbito daquele microssistema. Com este fundamento, editou-se o enunciado 15 do FONAJE, cujo teor original é o seguinte: "*Enunciado 15 – Nos juizados especiais cíveis não é cabível o recurso de agravo*"[20]. Trata-se, portanto, de vedação peremptória de utilização do agravo contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz em primeiro grau de jurisdição[21].

Com efeito, é fora de dúvida que despachos – e, no caso dos juizados especiais, as decisões interlocutórias – podem, concretamente, causar dano irreparável a um dos sujeitos do processo, configurando situação inequivocamente antijurídica impedir-se, de forma absoluta, a revisão do ato judicial em tais casos. Em outras palavras, percebeu-se a necessidade premente de se colocar à disposição da parte, em situações excepcionais, um instrumento jurídico adequado para que a decisão pudesse ser objeto de efetiva impugnação e de modificação em novo julgamento, ainda que não fosse pela via recursal tradicional.

Diante disso, para hipóteses que – ao menos em tese – são excepcionais, passou-se a admitir a utilização de *mandado de segurança* contra a decisão interlocutória proferida nos juizados especiais. E tal possibilidade de impetração do remédio constitucional somente é possível, reafirme-se, tendo em vista o fato de que a Lei 9.099/95 não previu qual o recurso cabível para a impugnação da decisão, ao que se soma a posição jurisprudencial firmada quanto ao não cabimento do agravo em tais hipóteses.

Outrossim, uma vez abertas as portas do microssistema para a utilização do *mandamus,* uma questão ainda restava por ser analisada. Tratava-se da competência para julgamento do mandado de segurança interposto contra a decisão proferida nos juizados especiais, especialmente em função da regra geral fixada para os casos de sua utilização contra ato judicial, ou seja, a competência originária que detém os tribunais para o julgamento do *writ* impetrado contra ato de magistrado ao qual o mesmo se

[20] A redação do enunciado foi posteriormente alterada para possibilitar a acomodação do art. 557 do CPC, permitindo-se ao relator do recurso inominado negar seguimento ou dar provimento ao recurso sem submeter a decisão ao órgão colegiado, nas hipóteses reguladas ali versadas (e o agravo interno a ser interposto contra esta decisão monocrática), e também para que fosse contemplado o agravo de instrumento contra a inadmissão do recurso extraordinário, de que trata o art. 544. Essa a nova redação do enunciado 15 do FONAJE: "*Nos Juizados Especiais, não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544 e 557 do CPC."*

[21] Seja mencionada, porém, a posição em sentido contrário do Colégio Recursal da capital do Estado de São Paulo, que igualmente editou enunciados de interpretação, sendo certo que, no enunciado de n. 2, assim estabeleceu: "*É admissível, no caso de lesão grave e difícil reparação, o recurso de agravo de instrumento no juizado especial cível".*

encontra vinculado (Tribunais de Justiça ou Tribunal Regional Federal em se tratando de juízes federais), regra esta acabou sendo excepcionada pela jurisprudência dos próprios juizados especiais e do STJ.

Assim, sufragando o entendimento de que não cabe ao Tribunal de Justiça (ou ao TRF) se imiscuir nas decisões tomadas no âmbito dos juizados especiais, não sendo possível inicialmente a estes órgãos fazer a revisão de qualquer provimento (sentença, decisão interlocutória ou mesmo acórdão, como será visto) oriundo daquele microssistema, foi pacificado o entendimento de que o mandado de segurança contra o ato praticado nos juizados especiais, em primeiro grau de jurisdição, é da competência, também originária, das *turmas recursais.*

Neste sentido, os exatos termos do enunciado 62 do FONAJE, abaixo transcrito, posteriormente corroborado pela súmula 376 do STJ:

> Enunciado 62 – Cabe exclusivamente às Turmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o habeas corpus impetrados em face de atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais.
>
> Súmula 376 do STJ – Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.

Em conclusão quanto a este tópico, a impetração do *writ* é admissível no âmbito dos juizados especiais contra as decisões interlocutórias ali proferidas, sendo certo que a competência para julgamento é originária das Turmas Recursais, revelando-se assim o mandado de segurança como instrumento de grande valia no sistema de impugnação das decisões judiciais dos juizados especiais, não só pela sua utilização mais elementar (contra a decisão do juiz de primeiro grau contra a qual o sistema não admite o agravo), mas principalmente por sua utilização, em hipótese específica, como via de acesso aos Tribunais de Justiça que passam a atuar, pontualmente, na revisão das decisões sobre a *competência* daqueles órgãos, como será visto no tópico seguinte, onde se pretende abordar os novos caminhos que se abrem na jurisprudência para a revisão judicial daqueles atos, principalmente a atuação dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça em tais hipóteses.

4. O acesso aos tribunais de justiça e ao Superior Tribunal de Justiça das demandas oriundas dos juizados especiais

4.1 O Mandado de Segurança impetrado originariamente no Tribunal de Justiça e o recurso ao Superior Tribunal de Justiça– as questões relativas à competência dos juizados especiais

Fixadas que foram as premissas acerca da não-ingerência dos Tribunais de Justiça sobre o que restou decidido nos juizados especiais cíveis, tendo em vista que todo o sistema recursal é voltado para a revisão pelas turmas recursais e que também o mandado de segurança é impetrado para julgamento pelas turmas/conselhos recursais, cumpre que seja analisada a hipótese específica de violação de lei federal no âmbito dos juizados especiais.

Com efeito, adquire importância a questão quando se tem em mente que, no sistema recursal previsto em lei para os juizados especiais – e integrado pela jurisprudência – o único recurso admissível contra o acórdão proferido pelas turmas recursais é o recurso extraordinário[22], que é cabível, como cediço, quando se está diante de violação de norma ou dispositivo *constitucional*. Porém, se for o caso de violação de dispositivo de *lei federal*, quais as alternativas que se apresentam à parte prejudicada? A resposta a este questionamento é estruturalmente frustrante, tendo em vista que o sistema recursal dos juizados especiais, ao não autorizar o manejo de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, esgota a questão na esfera solipsista daquele microssistema, independentemente de ter ou não havido violação de lei federal, ainda que flagrante[23].

Contudo, um problema ainda maior surge quando se trata de decisão proferida no âmbito dos juizados especiais que transborde da *competência* prevista em lei para aquela modalidade de procedimento. Uma eventual demanda que, de acordo com a legislação federal e com as normas de organização judiciária, devesse ser ajuizada

[22] A Constituição da República exige, em seu art. 105, III, para o cabimento do recurso especial, que a decisão atacada tenha sido proferida por *Tribunal* (de Justiça dos Estados ou Regional Federal), o que impede a revisão de acórdãos proferidos pelas turmas recursais dos juizados especiais cíveis, já que, apesar de serem órgãos colegiados, não ostentam esta qualificação.

[23] De se observar, ainda, que a parte não poderá nem mesmo ajuizar ação rescisória, já que esta é incabível no âmbito dos juizados especiais, conforme expressamente dispõe o art. 59 da Lei 9.099/95, *in verbis: "não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei".*

perante uma vara cível, seja porque o valor pretendido não se enquadra na competência dos juizados, seja porque esta incompetência decorre da incompatibilidade em razão da matéria ali veiculada, ou mesmo por força de uma prova técnica de maior complexidade impossível de ser produzida nos estreitos limites dos juizados especiais. Estar-se-ia, então, diante de um absurdo fechamento do sistema de impugnação da decisão quando não haveria sequer competência para a sua prolação.

Se houver a sustentação da posição de que em hipótese alguma será possível a ingerência do Tribunal de Justiça ou do Superior Tribunal de Justiça sobre esta decisão – repita-se: decisão que trata da própria competência dos juizados especiais – estar-se-á criando um sistema "blindado", impermeável, inexpugnável, que será soberano no julgamento das causas para as quais se afirmar competente, em função de que esta declaração de competência não poderá ser objeto de qualquer tipo de revisão ou questionamento fora do âmbito dos próprios juizados especiais, especialmente porque a matéria competência costuma se esgotar na seara infraconstitucional (a própria competência dos juizados é prevista na Lei *Federal* 9.099/95), impossibilitando o acesso – único, ainda possível – ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário.

Referida preocupação foi refletida no julgamento, pela Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, do Recurso em Mandado de Segurança 26.665/DF, relatoria do Min. Herman Benjamin, onde aquele tribunal superior, reiterando posição já sedimentada na Corte Especial no julgamento no RMS 17.524/BA, relatoria da Min. Nancy Andrighi, sufragou o entendimento de que, apesar de ser da competência das Turmas Recursais o julgamento dos mandados de segurança impetrados contra atos dos juízes em atuação nos juizados especiais, ou mesmo contra atos dos membros daquele órgão colegiado, se excepcionalmente o *writ* versar sobre a *competência* dos próprios juizados especiais para o conhecimento da lide, o mandado será impetrado diretamente nos Tribunais de Justiça ou aos Tribunais Regionais Federais, já que referidas decisões não podem ficar absolutamente desprovidas de controle externo ao microssistema.

Do voto condutor do acórdão da Corte Especial, colhem-se as seguintes passagens:

> Não se admite, consoante remansosa jurisprudência do STJ, o controle, pela justiça comum, sobre o

> mérito das decisões proferidas pelos juizados especiais. Exceção é feita apenas em relação ao controle de constitucionalidade dessas decisões, passível de ser promovido mediante a interposição de recurso extraordinário.
> - A autonomia dos juizados especiais, todavia, não pode prevalecer para a decisão acerca de sua própria competência para conhecer de causas que lhe são submetidas. É necessário estabelecer um mecanismo de controle da competência dos Juizados, sob pena de lhes conferir um poder desproporcional: o de decidir, em caráter definitivo, inclusive as causas para as quais são absolutamente incompetentes, nos termos da lei civil.
> - Não está previsto, de maneira expressa, na Lei 9.099/95, um mecanismo de controle da competência das decisões proferidas pelos Juizados Especiais. É, portanto, necessário estabelecer esse mecanismo por construção jurisprudencial.
> - Embora haja outras formas de promover referido controle, a forma mais adequada é a do mandado de segurança, por dois motivos: em primeiro lugar, porque haveria dificuldade de utilização, em alguns casos, da Reclamação ou da Querela Nullitatis; em segundo lugar, porque o mandado de segurança tem historicamente sido utilizado nas hipóteses em que não existe, no ordenamento jurídico, outra forma de reparar lesão ou prevenir ameaça de lesão a direito." (grifos na transcrição)

Desta forma, assentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de revisão por parte dos Tribunais de Justiça, de decisão dos juizados especiais que envolva a fixação de sua própria *competência*, torna-se imprescindível a análise do mecanismo através do qual é feito este controle e, a partir daí, como é possível o acesso ao Superior Tribunal de Justiça em tais casos.

Com esta finalidade, exsurge o "*Recurso em Mandado de Segurança"* (denominação dada a uma das espécies de Recurso Ordinário de que trata a Constituição da República em seus art. 102, II e 105, II, quando dirigidos ao STF ou ao STJ, respectivamente) como forma de permitir esta revisão por parte do STJ. Assim, no âmbito do presente trabalho, importa a abordagem da modalidade recursal prevista

especificamente no art. 105, II, b da *Lex legum*[24], que veicula espécie de recurso que demanda: a) mandado de segurança impetrado originariamente nos Tribunais Regionais Federais ou nos Tribunais de Justiça dos Estados; e b)) decisão denegatória da segurança[25]

Assim, para que se possa aventar, no caso concreto sob análise, a possibilidade de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso em Mandado de Segurança, há necessidade – como parece elementar – de um mandado de segurança impetrado originariamente no Tribunal de Justiça Estadual. Sobre o tema, as lições sempre precisas de Barbosa Moreira:

> A expressão "em única instância" evidencia que se trata de causas de competência originária dos tribunais mencionados. (...) Precisa a decisão ser "denegatória". Está consolidado na jurisprudência o entendimento de que a palavra assume aqui sentido amplo, compreensivo não só das decisões que julgam improcedente o pedido, mas também das que extinguem o processo sem apreciação do mérito.[26]

Assim, a interposição de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança é capaz de alçar ao STJ questões que, na concepção originária dos juizados especiais cíveis, jamais chegariam àquele tribunal superior. Reitere-se, porém, que este caminho somente é possível quando se está diante de questionamento acerca da competência dos próprios juizados especiais, matéria única passível de enfrentamento pelo Tribunal de Justiça no mandado de segurança e, via de conseqüência, pelo Recurso em mandado de segurança no STJ.

Afirmando-se a necessidade de um mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça contra o ato praticado nos juizados especiais, torna-se imperiosa a definição de *qual* provimento oriundo daquele microssistema estará efetivamente sujeito a esta impetração. Vale dizer, é possível a impetração contra uma *decisão interlocutória*

[24] *Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II – julgar, em recurso ordinário:b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;"*

[25] Por "decisão", aqui, entenda-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, e não eventual decisão monocrática proferida pelo relator do *mandamus.*

[26] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565.* Rio de Janeiro: Forense, 2008

dos juizados que trate de competência? Seria necessária, quando menos, a prolação da *sentença* nos juizados especiais? Ou ainda, somente contra o *acórdão* das turmas recursais é que poderia vislumbrar a impetração do MS no Tribunal de Justiça?

O tema não é de todo elementar, dando azo à algumas concepções equivocadas, como a que se depreende da notícia veiculada no sítio do STJ que, noticiando a edição da súmula 376, fez publicar a seguinte passagem, citando inclusive o mencionado RMS 17.524/BA:

> **Corte Especial aprova súmula referente aos juizados especiais**
> (...)
> A nova súmula, relatada pelo ministro Nilson Naves, é resultado de entendimento já consolidado na Corte sobre a competência de processar e julgar mandado de segurança contra ato de juizado especial. O novo enunciado define que compete à turma recursal esse procedimento.
> Entre os vários precedentes legais utilizados, estão os CC 40.199-MG, 39.950-BS, 41.190-MG, 38.020-RJ e também os RMS 17.524-BA, RMS 17.254-BA e RMS 18.949. No mandado de segurança 17.524, relatado pela ministra Nancy Andrighi, entendeu-se ser possível a impetração de mandado de segurança no Tribunal de Justiça contra sentença de Juizados Especiais Cíveis. A exceção foi autorizada para casos em que a ação ataca a competência do Juizado Especial para processar e julgar caso que envolva valores acima dos atribuídos por lei a esses juizados, e não o mérito da decisão. O entendimento não conflita com a jurisprudência pacífica do Tribunal em relação à impossibilidade de revisão do mérito das decisões dos Juizados Especiais.

Observe-se, portanto, que é anunciada a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra *sentença* proferida nos juizados especiais, o que é absolutamente equivocado. Em verdade, a impetração de mandado de segurança contra a sentença (e com mais razão ainda, contra eventual decisão interlocutória) revela-se como uma impetração *per saltum*, já que ignora a possibilidade de revisão do julgamento pela própria Turma Recursal a quem compete julgar o recurso inominado interposto (ou a ser interposto) contra a sentença. Em tais hipóteses, estaria sendo

utilizado o acesso ao Tribunal de Justiça para uma questão que ainda poderia ser solucionada no âmbito dos próprios juizados especiais, o que não parece ser a intenção da jurisprudência do STJ.

Com efeito, sustenta-se aqui a necessidade de *prévio esgotamento* da matéria no âmbito dos juizados especiais para que se possa – e ainda assim excepcionalmente – acessar o Tribunal de Justiça e, a partir daí, ao Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso em Mandado de Segurança. Assim, o caminho aberto para a impetração de mandado de segurança não é contra a *sentença* proferida nos juizados especiais (ou contra uma eventual decisão interlocutória, repita-se), mas sim contra o *acórdão do recurso inominado* proferido pelas turmas recursais. Esta a condição.

Referida questão restou assentada no Recurso em Mandado de Segurança 27.609/MG, relator o Min. Teori Zavascki, assim ementado:

> PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE JUIZ SINGULAR DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. CONTROLE DE COMPETÊNCIA.
> 1. No julgamento do RMS 17.524-BA, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, a Corte Especial decidiu pela competência de Tribunal de Justiça para o processamento de mandado de segurança impetrado contra decisão de turma recursal de Juizado Especial Estadual que não reconheceu a competência da justiça comum. No caso concreto, entretanto, a impetração foi contra decisão de juiz singular. Aplicar o precedente da Corte Especial também a essa hipótese seria transformar em ordinário um mecanismo que foi admitido para situações absolutamente extraordinárias.
> 2. Recurso ordinário a que se nega provimento

Mais adiante, em seu voto, o relator Min. Teori Zavascki, citando o RMS 17.524-BA, deixa clara a tese aqui defendida:

> O mandado de segurança que lhe deu origem foi impetrado contra decisão de Turma Recursal de Juizado Especial, e não contra decisão de juiz singular. Foi justamente porque estavam esgotadas todas as vias ordinárias no âmbito do Juizado Especial que se abriu a excepcional via do mandado

> de segurança. Não fosse assim, estar-se-ia permitindo que qualquer decisão de juiz singular, sobre competência, fosse atacada diretamente por mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça. Isso importaria transformar o mandado de segurança em via recursal ordinária, substitutiva do recurso próprio, previsto na lei, para a Turma Recursal. Seria transformar em ordinário um mecanismo que a Corte Especial admitiu para situações absolutamente extraordinárias. No caso, convém ressaltar, a impetração foi contra ato de juiz singular de Juizado. Diante do exposto, nego provimento ao recurso. É o voto.

Por todo o exposto e em síntese, pode-se aqui estabelecer, quanto ao procedimento para o acesso ao STJ de demandas que são processadas originariamente nos juizados especiais, algumas observações fundamentais:

a) a única matéria passível de verificação pelo Tribunal de Justiça via mandado de segurança ali impetrado é a relativa à *competência* dos juizados especiais para o processo e julgamento daquela demanda especificamente considerada, não havendo a possibilidade de se questionar qualquer outra matéria perante aquele órgão revisor, especialmente as que se refiram ao mérito da decisão proferida nos juizados especiais.

b) Referido mandado de segurança pressupõe o prévio esgotamento das "vias ordinárias" no âmbito dos juizados especiais. Significa isto que o Mandado de segurança é impetrado perante o Tribunal de Justiça dos Estados, para atacar o *acórdão* proferido pelas turmas recursais, sendo absolutamente inviável a sua impetração contra a sentença ou eventuais decisões interlocutórias proferidas pelo juiz naquele procedimento especial, ainda que tratem especificamente da competência dos juizados especiais cíveis.

c) Nestes casos, o instrumento para o acesso ao STJ é o Recurso em Mandado de Segurança previsto no art. 105, II, b da Constituição Federal. Assim, não se chega ao STJ, via Tribunal de Justiça, através de *recurso especial*, não havendo que se exigir qualquer suposta e eventual *violação de lei federal* com vistas a uma possível revisão da decisão. Esta se revela impossível em tais hipóteses, esgotando-se a questão no julgamento das turmas recursais. Eventuais violações da legislação federal continuam sem instrumento adequado para revisão pelos tribunais superiores.

4.2 A Reclamação constitucional para a garantia da autoridade das decisões do STJ

Como caminho alternativo de acesso ao STJ de demandas oriundas dos juizados especiais cíveis, surge a *reclamação* constitucional para a garantia da autoridade das decisões proferidas por aquele tribunal superior e que tem previsão no art. 105, I, f da Constituição da República[27].

A utilização da reclamação constitucional em demandas originárias dos juizados especiais representa, em essência, uma solução jurisprudencial para um grave problema que se apresentava em termos de administração judiciária e de uniformização de entendimentos acerca da interpretação da legislação federal, função precípua entregue pela Carta Magna ao Superior Tribunal de Justiça[28]. Em outras palavras, uma vez fechadas as portas a esta revisão por força da impossibilidade de interposição de recurso especial, a jurisprudência daquele tribunal superior passa a não alcançar as decisões proferidas no âmbito daquele microssistema, uma vez que não é facultada à parte prejudicada pela decisão a utilização de qualquer instrumento para fazer prevalecer o posicionamento diversas vezes reiterado pelo tribunal que, por força de dispositivo constitucional, tem a missão de uniformizar a interpretação da lei federal.

Desta forma, os entendimentos reiterados e até mesmo sumulados por aquele tribunal superior acabam, em análise extrema, não tendo aplicação no âmbito dos juizados especiais.

Diante da constatação de tal perplexidade é que foi necessária a criação de entendimento segundo o qual rompido o isolamento dos juizados especiais e possibilitada a revisão da decisão em casos absolutamente específicos e diferenciados. Assim, em decisão proferida nos autos de Embargos de Declaração opostos no Recurso Extraordinário 571.572/BA, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, o E. Supremo Tribunal Federal entendeu que, enquanto não criado por lei o órgão uniformizador das

[27] Art. 105. "Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente
f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;"

[28] Sob a natureza jurídica da *reclamação constitucional*, verifique-se a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2212/CE, relatora a Min. Ellen Gracie, assim sintetizada: "*A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal."*

decisões dos juizados especiais cíveis estaduais[29], é cabível, em caráter excepcional, a reclamação prevista no art. 105, I, *f,* da Constituição da República para que prevaleça a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação federal também em relação aos juizados especiais cíveis estaduais. Do voto condutor do acórdão e de sua ementa extraem-se as seguintes passagens elucidativas:

> (...) 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais
> 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização.
> 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.
> 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

Nestes termos, observa-se que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento acima transcrito, passou a admitir a utilização da reclamação constitucional a ser dirigida ao STJ quando sua jurisprudência não for observada no julgamento proferido pelas turmas recursais no âmbito dos juizados especiais.

[29] À semelhança do que ocorre com as Turmas de Uniformização da Jurisprudência, previstas na Lei 10.259/01 para os juizados especiais federais.

De sua parte, o E. Superior Tribunal de Justiça, com vistas a implementar o que restou decidido pelo pretório excelso, fez editar a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, cuja ementa determina que a mesma "*dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta corte".*

Em linhas gerais, o procedimento então criado prevê o prazo de 15 (quinze) dias para o ajuizamento da reclamação, que será possível nas hipóteses de contrariedade entre o julgamento da turma recursal e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos repetitivos, na forma do art. 543-C do CPC.

A competência para julgamento da reclamação é da Seção, sendo inicialmente dirigida ao Min. relator que exercerá o juízo de admissibilidade e poderá, em caso positivo, conceder liminar comunicando aos Tribunais de Justiça a decisão e determinando a paralisação dos processos em que tenha sido estabelecida a mesma controvérsia. Após a abertura facultativa de vistas ao MP, o processo será incluído em pauta, tendo preferência sobre os demais, à exceção de habeas corpus, mandados de segurança e os recursos repetitivos a que alude o art. 543-C do CPC. Prevê ainda a Resolução 12/2009 a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo relator e a edição de súmula contendo o resultado do acórdão proferido, além da comunicação aos presidentes e corregedores-gerais da justiça de cada estado membro.

Cuida-se, assim, de instrumento salutar estabelecido pela jurisprudência para a omissão contida na Lei 9.099/95 para os casos de decisões discrepantes da posição reiterada do STJ em seus julgamentos. Trata-se, porém, de instrumento que demanda uma prévia manifestação do STJ sobre a matéria, que terá chegado àquele tribunal por outros meios, fundamentalmente por recursos especiais interpostos contra acórdãos dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais em matérias que sejam correlatas ou tenham mesmo suporte fático ou jurídico daquelas demandas que se processam perante os juizados especiais.

Importa observar, porém, que não se trata de instrumento que venha a suprir a lacuna criada pela Constituição da República ao não permitir o acesso de demandas oriundas dos juizados especiais ao STJ via *recurso especial*, nos casos de violação de dispositivo de lei federal. Em tais casos, continua lamentavelmente presente a

impossibilidade de questionamento perante o STJ de uma tal decisão, tendo em vista os exatos termos do art. 105, III da *Lex legum*, ainda que a violação seja evidente e a situação concretamente criada seja de profunda injustiça. Seja como for, a possibilidade de reclamação constitucional para as hipóteses em que a decisão viola jurisprudência já consolidada naquele tribunal superior é um alento para diversas situações iníquas observadas na prática cotidiana dos juizados especiais.

5. Conclusão

Pretendeu-se através do presente ensaio proceder a uma análise dos instrumentos de impugnação dos provimentos judiciais proferidos no âmbito dos juizados especiais, especialmente aqueles que não guardam natureza recursal, como o mandado de segurança e a reclamação constitucional.

Para tanto, procedeu-se a breve introdução acerca dos objetivos do mandado de segurança como instrumento geral de impugnação de atos do Poder Público, como instrumento de impugnação de atos jurisdicionais em particular para, ao fim, tratar-se da possibilidade de impetração do *mandamus* no âmbito dos juizados especiais, num primeiro momento para se buscar a revisão da decisão interlocutória proferida em primeiro grau de jurisdição, tendo em vista a reconhecida impossibilidade – na esmagadora maioria das turmas recursais – de interposição de agravo de instrumento.

Estabelecida esta possibilidade efetiva, buscou-se a demonstração de que, para além do sistema recursal composto pela Lei 9.099/95 e pela jurisprudência das turmas recursais e dos tribunais superiores – e da hipótese mais simplificada de impetração do mandado de segurança, acima mencionada – percebeu a jurisprudência a necessidade de se reconhecer a possibilidade de utilização de outros instrumentos para revisão, pelos Tribunais de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça, da decisão proferida naquele microssistema, em determinados casos específicos.

Assim, naqueles casos em que se discute a própria competência daquela justiça especializada, eventual impossibilidade de revisão da decisão por órgão externo aos juizados especiais criaria situação de verdadeira "blindagem" do provimento, a autorizar que fosse invadida a competência de outros órgãos do Poder Judiciário, até mesmo de Tribunais, sem que fosse autorizada qualquer espécie de modificação de uma decisão

eventualmente teratológica. Para evitar tais situações, passou-se a possibilitar a impetração de mandado de segurança nos Tribunais de Justiça para o questionamento de acórdãos das turmas/conselhos recursais que tratem da *competência* dos juizados especiais para o julgamento da causa e, por certo, afirmem indevidamente esta competência. Desta decisão do tribunal estadual é possível a interposição do Recurso Ordinário de que trata o art. 105, II, b da Constituição da República.

Em outra senda, verificando-se a necessidade de se fazer aplicar aos juizados especiais a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, como decorrência do não cabimento de recurso especial para a impugnação de decisões oriundas daquele microssistema, passou-se a reconhecer e possibilitar à parte prejudicada a utilização de um instrumento efetivo de impugnação de decisões que contrariem entendimento pacificado sobre determinada matéria no âmbito daquele tribunal superior, através da Reclamação constitucional, prevista no art. 105, I, f da Carta Magna, sendo certo que esta possibilidade veio a ser expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 571.572, que resultou na edição da Resolução 12, de dezembro de 2009, pelo STJ.

Por todo o exposto, verifica-se que o sistema de impugnação das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais representa tema complexo e palpitante, informado que é, ante a limitada previsão legal, pelas mais diversas fontes, em especial o relevante trabalho integrativo da jurisprudência, não só dos próprios juizados especiais, mas também do STJ e mesmo do STF, em atividade que, ao menos ao nível do que se vem observando, parece longe de acabar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Lei 9.099/95.* Curitiba: Juruá, 2003. 2.ed.

BARBI, Celso Agrícolo. *Do mandado de segurança.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – Uma abordagem crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Segurança – uma apresentação *in Mandado de Segurança.* Coord. Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume V – Arts. 476 a 565.* Rio de Janeiro: Forense, 2008

CALMON DE PASSOS. J.J. O mandado de segurança contra atos judiciais *in Mandado de Segurança.* Coord. Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.* São Paulo: Saraiva, 2005. 8. ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Mandado de Segurança: Ato Coator e Autoridade Coatora *in Mandado de Segurança.* Coord. Aroldo Plínio Gonçalves. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança.* Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo) aspectos polêmicos.* São Paulo: Malheiros, 1992

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de Segurnça.* São Paulo: Malheiros, 1997. 2. ed.

GAULIA, Cristina Tereza. *Juizados Especiais Cíveis – O espaço do cidadão no Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005

MEIRELLES, Helly Lopes. *Mandado de Segurança...* São Paulo: Malheiros, 1999. 21. ed.

OLIVEIRA, Francisco de Assis [et al]. *Juizados Especiais Cíveis – Temas controvertidos e enunciados.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

ROCHA, Felippe Borring. *Juizados Especiais Cíveis – Aspectos polêmicos da Lei 9.099, de 26/9/1995.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 5. ed.

LA MEDIAZIONE ITALIANA: DEFINIZIONI E TIPOLOGIE

Chiara Besso

Prof. ordinario dell'Università di Torino

***SOMMARIO**: 1. Premessa. – 2. Mediazione: l'istituto delineato dal decreto n. 28/2010. – 2.1. Mediazione facilitativa e mediazione "aggiudicativa". – 2.2. La conciliazione giudiziale non è mediazione. – 3. La mediazione obbligatoria. – 3.1. La compatibilità con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. – 3.2. Efficacia dell'istituto. – 4. La mediazione delegata. – 5. La mediazione di classe.*

1. Premessa

I gravi problemi del sistema giustizia hanno portato da alcuni anni il legislatore italiano a vedere i sistemi alternativi di soluzione delle controversie come strumento per deflazionare la giustizia statuale e ottimizzare in tal modo la sua efficienza ed offrire un migliore servizio al cittadino.

Il percorso – iniziato negli anni '90 del secolo scorso con la legge n. 580 /1993 sul riordinamento delle camere di commercio – ha trovato un punto di arrivo importante nel d.legisl. n. 28/2010, che, superando la logica dell'intervento settoriale che ha sino ad oggi caratterizzato l'operato del legislatore, pone una disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale.

La figura di mediazione costruita dal legislatore italiano, pur ponendosi sulla scia del modello statunitense e dei modelli propri di altri ordinamenti, presenta elementi di originalità. Il modello italiano, infatti, è imperniato sugli organismi di mediazione più che sui mediatori, che degli organismi sono semplici ausiliari. Gli organismi di mediazione, che possono essere enti pubblici o privati, operano in un mercato libero, ma controllato dallo Stato attraverso l'iscrizione in un registro tenuto presso il Ministero della giustizia. Anche la formazione dei mediatori – profilo estremamente delicato e

decisivo per la riuscita della mediazione – è posta sotto il controllo dello Stato, ancora attraverso la necessaria iscrizione in un apposito registro degli organismi di formazione.

Il modello, inoltre, con evidente intento deflativo del contenzioso proponibile o già proposto al giudice, compie una decisa scelta in favore della obbligatorietà del procedimento di mediazione: l'esperimento della mediazione è infatti requisito di procedibilità della domanda proposta davanti al giudice in una serie rilevantissima di controversie civili. Viene anche prevista la possibilità che, iniziata la causa davanti al giudice, questi inviti le parti "a procedere alla mediazione". La mediazione c.d. delegata, applicabile alla generalità delle materie, è però, a differenza di quella che precede il processo, subordinata all'accordo delle parti, che sono libere di aderire o meno all'invito del giudice. In un'ottica di incentivazione della partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e di raggiungimento della composizione della lite in tale sede, il decreto prevede che dalla mancata partecipazione al procedimento possano, dal giudice, essere ricavati argomenti di prova e che la mancata accettazione della proposta di mediazione comporta conseguenze sotto il profilo della attribuzione delle spese, in ogni caso "premiando", con vantaggi anche fiscali, la conclusione dell'accordo in sede di mediazione.

Le seguenti riflessioni sono volte ad una breve illustrazione delle scelte definitorie operate e delle categorie di mediazione disciplinate dalla nuova legge [1].

2. L'istituto delineato dal decreto n. 28/2010

Il decreto n. 28/2010, con approccio sistematico, dedica il primo articolo del capo I (Disposizioni generali) alle definizioni, iniziando, anzitutto, con la spiegazione del termine "mediazione", seguita da quella dei termini "mediatore" e "conciliazione".

Mediazione è "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

1 Per un esame dettagliato del d. legisl. n. 28/2010 cfr. Castagnola-Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010; Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010.

Mediatore, a sua volta, è la persona fisica che svolge la mediazione, rimanendo, in ogni caso, privo "del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti".

Conciliazione, infine, è "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione".

È evidente l'intento del legislatore italiano di porsi saldamente nel solco della tradizione nord-americana dell'ADR. La definizione che viene offerta di mediazione – quanto meno nella sua prima parte – è infatti quella "classica" [2], imperniata sull'attività di assistenza alle parti posta in essere dal terzo privo del potere di decidere la lite.

Anche dal punto di vista linguistico, la scelta è a favore del termine di origine anglosassone "mediazione". Sino ad oggi, il legislatore, per la materia civile e commerciale, aveva preferito, per indicare il procedimento ed il terzo neutrale, utilizzare i termini "conciliazione" e "conciliatore" - storicamente appartenenti al linguaggio giuridico italiano attraverso l'istituto della conciliazione ad opera del conciliatore -, invece del termine "mediazione", che nel sistema del codice civile individua il contratto di cui all'art. 1754 e segg. c.c. [3].

L'espressione "conciliazione" non viene però abbandonata: essa indica il risultato del procedimento, ossia l'accordo eventualmente raggiunto dalle parti [4].

2 La prima parte della definizione di mediazione, come quella di mediatore, riprende, direi in modo letterale, la spiegazione dei termini "*conciliation*" e "*conciliator*" offerta dall'art. 1 della *Model Law on International Commercial Conciliation* della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) del 2002. All'art. 1, infatti, leggiamo: "*conciliation" means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons ("the conciliator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute*". Nel paragrafo 9 si specifica che la *Model Law* – e la stessa previsione è presente nella direttiva europea n. 52/2008 all'art. 3 (supra, il par. 6.1. del precedente capitolo) – non trova applicazione nei casi in cui siano il giudice o l'arbitro, nel corso del processo o dell'arbitrato, a tentare la conciliazione della lite.

3 Ai sensi dell'art. 1754 c.c. è "mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza".

4Si è osservato in dottrina che la rigorosa scelta linguistica operata con il d.legisl. n. 28 – già presente nella legge delega – rispecchia le scelte definitorie del legislatore francese che, con *esprit de geometrie*, contrappone *conciliation* e *mediation* nei titoli VI e VI bis del primo libro del *nouveau code de procédure civile* (così Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in *www.ilcaso.it*, § 3). Mi sembra che in tal modo si attribuisca al legislatore francese una chiarezza terminologica che non possiede. Con il termine *conciliation*, infatti, il codice francese fa riferimento, agli artt. da 127 a 131, alla conciliazione posta in essere dal giudice, mentre *mediation* – termine evidentemente tratto dall'idioma anglosassone – indica il procedimento, regolato agli artt. da 131-1 a 131-12, posto in essere da un terzo diverso dal giudice, appunto il mediatore che usa le tecniche della "moderna" *mediation*.

Se guardiamo l'utilizzo dei termini "mediazione" e "conciliazione" nei vari ordinamenti, possiamo osservare che essi, spesso usati come sinonimi, talvolta si distinguono a seconda che il tentativo di composizione della lite sia posto in essere dal giudice o da un suo ausiliario ovvero da un terzo estraneo alla funzione giurisdizionale, talaltra ancora indicano il diverso ruolo svolto dal terzo – facilitativo ovvero valutativo – nel procedimento [5].

Certamente, la scelta del nostro legislatore coglie il diverso significato semantico dei due termini. Come dice Resta, "la conciliazione è meno procedimento e più effetto, è piuttosto orientata al risultato", mentre la mediazione guarda al procedimento, "è orientata, appunto, al mezzo" [6].

Solo l'esperienza applicativa del nuovo istituto, però, potrà dirci se i due termini si imporranno nella prassi con il significato loro attribuito dall'art. 1 del decreto n. 28.

2.1. *Mediazione facilitativa e mediazione "aggiudicativa"*

Il mediatore – così l'art. 1 del decreto – assiste le parti "nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia". Sino qui siamo nell'ambito della definizione "classica" della mediazione c.d. facilitativa [7]. Il dettato dell'articolo però prosegue: "sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

5 Mi limito ad alcuni esempi. Anche negli Stati Uniti viene usato il termine *conciliation*, talvolta per enfatizzare il ruolo svolto dal terzo nel convincere le parti a negoziare, ma perlopiù come sinonimo di *mediation* (così Cole-McEwen-Rogers, *Mediation: Law, Policy and Practice*, 2009, in *westlaw.com*, cap. 1, § 1; si veda anche Chase, *ADR and the Culture of Litigation: the Example of the United States of America*, in Cadiet [a cura di], *Médiation et arbitrage*, Paris, 2005, 140). In Austria i due termini si differenziano, in modo rigoroso, in base al ruolo del terzo, che è di mera assistenza alle parti nella mediazione e invece di tipo valutativo-propositivo nella conciliazione (cfr. Bajons, *La lite tra mediazione e processo*, in Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 55 s.). Lo stesso vale per il Giappone, ove nel procedimento di *chotei* o conciliazione il terzo che assiste parti formula una proposta di accordo, mentre nel procedimento di *assenn* o mediazione il terzo si limita ad assistere le parti (cfr. Maeda, *ADR in Japan*, in www.jcaa.or.jp/jcaa-j/jigyou/textadrinjapan.html). La relatività delle scelte linguistiche operate nei diversi ordinamenti è sottolineata nella Guida allegata alla *Model Law on International Commercial Conciliation* dell'UNCITRAL (*supra* menzionata).

6 Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in *Politica del diritto*, 1999, par. 10. Briguglio (*Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, 205) sottolinea invece che "conciliazione" è un termine che ha una doppia accezione, potendo indicare sia il risultato che l'attività tendente a quel risultato.

7 Nella mediazione facilitativa – il conio del termine "facilitativa", insieme a quello di "valutativa", viene attribuito a Riskin (*Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques*, in 1 *Harward Negotiation Law Review*, 1996, 7 ss.) - il mediatore fa domande, ascolta i punti di vista delle parti, le aiuta a individuare gli interessi sottostanti le loro posizioni, le assiste nel trovare possibili soluzioni; non fa raccomandazioni, non dà consigli o opinioni e nemmeno anticipazioni di quella che potrà essere la decisione del giudice. Se il mediatore ha la responsabilità del procedimento – che in

Il legislatore italiano, pertanto, riconosce in modo espresso il ruolo "valutativo" del mediatore [8], ruolo che è tutt'altro che pacifico nella letteratura nord-americana del settore [9], nella sua versione più estesa: l'enunciazione di una proposta rappresenta infatti, nel continuo delle possibili attività svolte dal terzo, quella che più si allontana dalla semplice assistenza alle parti [10].

L'attribuzione di tale compito non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano: essa ha infatti costituito il profilo più controverso, per quanto concerne la conciliazione, della disciplina di cui al decreto societario. L'art. 40 del decreto disponeva appunto che il procedimento, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, si chiudesse con una proposta del conciliatore. La disposizione, a seguito dei rilievi critici formulati dagli operatori del settore, è stata poi modificata, ad opera del d.legisl. n. 37/2004, nel senso di subordinare la proposta alla concorde richiesta delle parti.

La vicenda si è ripetuta in relazione al decreto n. 28. Lo schema di decreto presentato all'esame del Senato e della Camera prevedeva che al mancato accordo facesse necessariamente seguito la proposta, per di più accompagnata da rigidi adempimenti formali (comunicazione per iscritto della proposta e dell'accettazione o rifiuto delle parti) e con possibili conseguenze negative in punto spese. Anche in questo caso le critiche avanzate hanno portato ad una modifica della disposizione. All'art. 11, comma 1, del decreto n. 28 è stato infatti aggiunto, come nel decreto societario, il presupposto della concorde richiesta delle parti, ma a questo è stato premesso, ambiguamente, che il mediatore "può formulare una proposta di conciliazione".

genere si svolge attraverso sessioni congiunte e sessioni separate – la responsabilità del risultato spetta totalmente alle parti.

8 Nella mediazione c.d. valutativa il mediatore non si limita a dirigere il procedimento, ma assume un ruolo anche in relazione al risultato: valuta la posizione giuridica delle parti, fa delle anticipazioni circa l'esito della causa nell'eventuale processo davanti al giudice, arriva ad avanzare proposte di composizione della lite. L'attenzione, così, tende a spostarsi dalla individuazione degli interessi e dei bisogni delle parti alla determinazione della fondatezza o meno dei diritti da loro vantati. Cambiano anche le modalità del procedimento: il mediatore-valutatore, molto spesso un avvocato, privilegia, rispetto alle sessioni congiunte, gli incontri con ciascuna parte o, meglio, con il suo legale che viene ad assumere un ruolo attivo, così che la parte, quando non addirittura assente, viene ad essere relegata sullo sfondo del procedimento.

9 Cfr., in termini riassuntivi, Della Noce, *Evaluative Mediation: In Search of Practice Competencies*, in 27 *Conflict Resolution Quarterly*, 2009, 193 ss.

10 Sulla distinzione tra le figure di mediazione, cfr. nella letteratura italiana Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2004, 1216 ss.

Perché mai questa "affezione" del legislatore delegato per un modello di composizione delle liti che si chiude, in mancanza di accordo delle parti, con una proposta del terzo [11]? Evidentemente non per motivi di propensione teorica per la mediazione valutativa, ma perché l'obiettivo del legislatore, come riconosce la relazione illustrativa del decreto [12], è quello di deflazionare il carico di lavoro dei giudici civili attraverso una riduzione della domanda di giustizia,.

La relazione illustrativa parla di mediazione non valutativa, ma "aggiudicativa". L'utilizzo dell'aggettivo – differente da quello che è in genere usato dalla letteratura di settore – è significativo. Aggiudicativo, infatti, deriva da *adjudication*, il sostantivo che nella lingua inglese indica il processo davanti al giudice o all'arbitro [13]. Ciò significa che, dal punto di vista semantico, ci troviamo di fronte ad un ossimoro: accanto alla mediazione facilitativa, vi sarebbe infatti la mediazione-processo. Che non si tratti solo di un "abbaglio" linguistico trova conferma nel punto della relazione ove leggiamo che la proposta si concreta in una soluzione della controversia, come tale fondata sulla logica c.d. *adversarial* della distribuzione delle ragioni e dei torti [14]. Quindi, secondo la relazione, prima il mediatore dovrebbe assistere le parti nel raggiungimento dell'accordo, poi, ove a questo non si giunga, potrebbe – e la facoltà di trasforma in dovere a fronte alla richiesta delle parti – decidere la lite sulla base della fondatezza o meno delle rispettive pretese [15].

Questo però significa che ci troviamo allora di fronte non alla mediazione, ma ad una figura ibrida, una sorta di mediazione-arbitrato: ad una prima fase di mediazione, ove il terzo aiuta le parti a comporre la lite, seguirebbe una seconda fase,

11 L'intento deflativo, con abbandono di qualsiasi riferimento al carattere – proprio della mediazione "classica" - della partecipazione delle parti sta poi alla base del disposto dell'art. 7, comma 2, lettera b) dell'attuativo decreto ministeriale, a norma del quale l'organismo può prevedere nel regolamento che "la proposta può essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione".

12 *Relazione illustrativa*, 1, 14. Cfr. pure l'analisi tecnico- normativa che accompagnava lo schema di decreto, secondo la quale "l'obiettivo finale della novità sta nella capacità deflativa dell'istituto, sia per la prevenzione di specifiche liti, sia per la prevenzione generale cui è sotteso un cambio nella cultura della gestione dei conflitti sociali".

13 *The Forms and Limits of Adjudication* è infatti il titolo del famoso saggio di Fuller sulle caratteristiche del processo giurisdizionale, in 92 *Harvard Law Review*, 1978, 353 ss.

14 *Relazione illustrativa*, 12.

15 Si veda al riguardo Monteleone, *La mediazione "forzata"*, in www.judicium.it, §3, il quale osserva che il mediatore, quando le parti non si accordano, non formula in realtà una proposta di conciliazione, ma di decisione della controversia; solo così potrebbe accadere che nel giudizio successivo la sentenza corrisponda "interamente al contenuto della proposta".

sostanzialmente un arbitrato, che sfocia in una decisione non vincolante del terzo [16]. Il problema, però, è che, per come è strutturato il procedimento, il mediatore non ha a disposizione gli elementi – di fatto e di diritto - per decidere la controversia e, quindi, la proposta non potrà che basarsi sugli elementi sorti dall'incontro con le parti e avere un "contenuto fortemente transattivo" [17].

La mediazione "aggiudicativa", comunque, è presente soltanto nella relazione illustrativa e non nel dettato del decreto n. 28. Sarà pertanto la prassi a dirci quale modello di mediazione verrà applicato dai mediatori: se si limiteranno a facilitare le parti nel raggiungimento della conciliazione, se si avvarranno della facoltà di formulare la proposta anche in assenza della richiesta delle parti, se la proposta sarà circoscritta alla sintesi delle posizioni espresse dalle parti nel procedimento o avrà invece natura di decisione della lite.

2.2. La conciliazione giudiziale non è mediazione

Il decreto n. 28 introduce nell'ordinamento italiano, in via generale, la mediazione delegata dal giudice [18]. Non considera, invece, la conciliazione posta in essere dallo stesso giudice, in coerenza d'altro canto con la direttiva europea n. 52/2008, che all'art. 3 esclude dalla definizione di mediazione i tentativi di composizione della lite ad opera del giudice del processo.

Con il decreto n. 28, pertanto, l'accento sulla composizione amichevole della lite si sposta fuori dal processo. Non è sempre stato così [19]. Se già il codice di rito del 1940 aveva privilegiato, rispetto al tentativo non contenzioso, quello svolto dal giudice all'interno del processo, l'impostazione, in parte abbandonata con la c.d. controriforma del 1950, è stata ripresa con la riforma del 1990, che – sul modello del rito del lavoro –

16 In effetti, il d.m. attuativo prevede, all'art. 7, comma 2, lettera b), la possibilità che il regolamento dell'organismo prescriva che in caso di formulazione della proposta, questa provenga da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione.

17 Così Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo*, cit., par. 4.1. Afferma che nella legge delega non vi è nulla da cui si possa ricavare che l'accordo vada proposto dal conciliatore e, soprattutto, che il contenuto della proposta debba essere omogeneo rispetto ad una soluzione aggiudicativa della controversia Luiso, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in www.judicium.it, § 4.

18 Cfr. *infra* il par. 5.

19 Al riguardo cfr., ampiamente, Trocker, *La conciliazione come metodo alternativo di risoluzione delle controversie nell'esperienza dell'ordinamento italiano*, in Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, cit., 323 ss.

ha imposto all'inizio del processo il tentativo di conciliazione, ad opera del giudice, per tutte le cause, per essere poi di nuovo abbandonata a fronte dell'insuccesso dell'istituto (con la legge n. 263/2005 il tentativo è divenuto meramente eventuale).

Sono note le obiezioni avanzate contro lo svolgimento del ruolo di conciliatore/mediatore da parte del giudice [20]: le modalità di composizione della lite sarebbero troppo lontane, e poco conosciute dal giudice, professionalmente preparato a decidere sulla base di argomenti razionali e non ad ascoltare i bisogni e le necessità delle parti, che d'altro canto non si sentirebbero libere di esprimersi di fronte a chi, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo, deve poi giudicare.

L'osservazione di altri ordinamenti, però, fornisce esempi di superamento di tali obiezioni: in Germania, ad esempio, il giudice del processo, invece di rinviare le parti di fronte ad un mediatore esterno al sistema giudiziario, può rinviarle di fronte ad un giudice con una specifica preparazione in materia di mediazione [21].

3. La mediazione obbligatoria

Il decreto n. 28/2010 compie una scelta netta in favore del ricorso obbligatorio al procedimento di mediazione: a far tempo dal 20 marzo 2011 - ossia decorsi, ai sensi dell'art. 24 del decreto, dodici mesi dall'entrata in vigore del provvedimento legislativo – chi intende "esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari" deve preliminarmente esperire il procedimento di mediazione (art. 5, comma 1).

20 Per tutti cfr. Taruffo, *La composizione delle liti: la conciliazione*, in *Autodisciplina, conciliazione, arbitrato*, Milano, 1997, 27 s.; Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*, § 4.

21 Cfr. al riguardo Malte von Bargen, *Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Tübingen, 2008. Cfr. pure il Canada, ove si parla di JDR, ossia *Judicial Dispute Resolution* per indicare l'attività di mediazione svolta dai giudici (al riguardo si veda Landerkin-Pirie, *Judges and Mediators. What's the problem*?, in www.royalroads.ca, secondo i quali l'attività di JDR è parte importante del ruolo contemporaneo del giudice).

Numerose critiche e perplessità [22] sono state sollevate nei confronti della scelta operata dal legislatore, scelta a favore della obbligatorietà che, percorsa più volte (pensiamo al tentativo obbligatorio in materia di subfornitura o, più recentemente, in tema di telecomunicazioni), era stata di recente, con il precedente dichiarato del d.legisl. n. 28 – ovvero il decreto societario n. 5/2003 – abbandonata.

Rilievi sono stati anzitutto sollevati per quanto concerne la legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria, sia sotto il profilo dell'osservanza dei criteri e principi enunciati dall'art. 60 della legge n. 69/2009, sia sotto il profilo del rispetto del canone fondamentale dell'accesso al giudice. Critiche che si accompagnano a perplessità circa l'elenco delle materie assoggettate al tentativo obbligatorio di mediazione: l'elenco è infatti stato considerato poco omogeneo e comunque comprensivo di materie che mal si adattano ad essere mediate 23. Ancora, è stata ribadita, rispetto all'istituto disegnato dal decreto n. 28, l'obiezione in genere sollevata contro le forme di conciliazione obbligatoria, ossia il fatto che la mediazione può avere successo solo ove sostenuta da una reale volontà conciliativa, così che quando sia invece svolta per ottemperare a un obbligo si trasforma in un mero adempimento formale che ritarda la definizione delle controversie 24.

3.1. *La compatibilità con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale*

Vediamo, in modo più dettagliato, il profilo di, possibile, illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria *ex* art. 5 che attiene alla violazione del canone fondamentale dell'accesso alla tutela giurisdizionale, garantito a livello nazionale dall'art. 24 della nostra Carta costituzionale e, a livello europeo, dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

22 Cfr. Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione* ex *art. 60 legge 69/2009*, cit., § 4 (a). Un giudizio, prudentemente, positivo è invece stato espresso da Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 89.

23 Cfr. Consolo, *La improcrastinabile riforma della Legge-Pinto*, in *Corr. giur.*, 2010, 431.

24 Così il Consiglio Superiore della Magistratura nel Parere sulla legge delega (reso l'11 marzo 2009).

Come sottolinea la relazione illustrativa al decreto legisl. 28/2010, il giudice delle leggi italiano è intervenuto più volte in materia dettando alcune linee-guida [25]. In particolare nella pronuncia n. 276/2000, la Corte costituzionale italiana ha precisato, richiamando la propria precedente giurisprudenza, che l'art. 24 non comporta l'assoluta immediatezza dell'esercizio del diritto di azione, "ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali con le dilazioni conseguenti" [26].

Da ultimo, è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi sulla compatibilità tra procedure di mediazione obbligatoria e diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva [27] e proprio in relazione ad un procedimento obbligatorio di conciliazione italiano, ossia quello imposto, nel settore delle telecomunicazioni, dal regolamento 2007 dell'autorità garante per le comunicazioni [28]. La Corte europea, dopo aver premesso che imporre come condizione di "ricevibilità" della domanda al giudice [29] il previo esperimento di un procedimento di conciliazione significa in effetti incidere sull'esercizio dei diritti conferiti ai singoli, ha osservato che il diritto di accesso al giudice – al pari degli altri diritti fondamentali – non è assoluto, ma può essere limitato, purché le limitazioni da un lato rispondano ad effettivi obiettivi di interesse generale e dall'altro lato non siano sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti.

L'imposizione del tentativo di conciliazione risponde – ha affermato la Corte europea - a interessi generali: anzitutto quello di una risoluzione delle liti in modo spedito e meno oneroso rispetto al processo davanti al giudice e poi l'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari.

25 Si vedano in particolare Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82; Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 436.

26 Un'opinione radicalmente differente è invece stata espressa dalla *Court of Appeal* inglese (nella sentenza 11 maggio 2004, Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust, in EWCA [Civ], 2004, 576) circa la sussistenza o meno del potere del giudice di imporre alle parti la mediazione. Al riguardo la Corte inglese ha osservato che obbligare le parti a svolgere un procedimento di mediazione significa violare il loro diritto di adire il giudice garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

27 Pronuncia 18 marzo 2010, Rosalba Alassini e altri. La pronuncia può essere letta, insieme alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, in *http:\\curia.europa.eu*.

28 La rimessione della questione pregiudiziale alla Corte europea è infatti avvenuta ad opera di un giudice italiano, il Giudice di pace di Ischia (le domande di pronuncia pregiudiziale, proposte il 15 luglio 2008, possono essere lette in *Gazz. uff. comunità europee*, 13/9/2008, C 236/10) che, a fronte dell'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata da Telecom e Wind in quattro controversie che le vedevano chiamate in causa da utenti che lamentavano il loro inadempimento, ha chiesto alla Corte di verificare la compatibilità con la normativa europea della prescrizione che appunto subordina la procedibilità della domanda giudiziale al preventivo esperimento del tentativo di conciliazione.

29 In realtà nell'ordinamento italiano l'esperimento del tentativo obbligatorio non è tanto condizione di ricevibilità della domanda (che ne comporterebbe il rigetto) quanto condizione di procedibilità del giudizio.

La Corte ha escluso che nel caso ad essa sottoposta vi sia una sproporzione tra gli obiettivi dell'istituto e le limitazioni del diritto di azione che esso comporta, giungendo a questa conclusione sulla base di un esame della configurazione normativa del procedimento di conciliazione obbligatoria ad opera del regolamento dell'Autorità garante per le comunicazioni. Questi sono i profili del procedimento considerati dalla Corte: la procedura non sfocia in una decisione vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, che unicamente diviene improcedibile sino a quando il tentativo di conciliazione non viene esperito [30]; il tentativo di conciliazione non comporta un ritardo sostanziale nella proposizione della domanda giurisdizionale (la procedura deve infatti concludersi in trenta giorni [31]); durante il procedimento il termine per la prescrizione del diritto è sospeso [32]; i costi del procedimento sono inesistenti [33].

La normativa italiana in esame – conclude la Corte - rispetta il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In chiusura, la Corte ha osservato – richiamando le conclusioni dell'avvocato generale [34] – che non vi è una alternativa alla predisposizione di una procedura obbligatoria, "dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace" per il raggiungimento degli obiettivi generali sopra ricordati.

Indubbie sono le analogie tra i criteri-guida elaborati dalla nostra Corte costituzionale e quelli espressi dalla Corte di giustizia, con l'unico ulteriore riferimento, in sede europea, al profilo dei costi. Un'altra differenza va, a mio avviso, colta nel diverso rilievo che riveste, nella valutazione della compatibilità tra la conciliazione obbligatoria e il diritto fondamentale di agire in giudizio, l'efficacia pratica dell'istituto.

30 Art. 3, comma 1, del regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti (il regolamento può essere letto sul sito dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *www.agcom.it*).
31 Art. 3, comma 3, del regolamento.
32 Art. 6 del regolamento.
33 La procedura che si svolge davanti ai Comitati regionali per la comunicazione (Co.re.com) – ossia gli organismi cui l'Autorità delega lo svolgimento della funzione conciliativa – è infatti gratuita.
34 Secondo l'avvocato generale, l'introduzione della conciliazione obbligatoria è necessaria solo quando quella meramente facoltativa non sia egualmente adeguata a raggiungere gli obiettivi generali ricordati in testo. A questo proposito, afferma Kokott seguendo le indicazioni offerte dal governo italiano, occorre riconoscere che le procedure di conciliazione meramente facoltative non si sono dimostrate efficaci quanto quelle obbligatorie, tanto più che – l'osservazione è del governo tedesco – l'esperienza dimostra come anche in situazioni in cui le parti non concilino la lite, l'aver esperito il tentativo fa sì che, nel corso del processo, emergano opportunità di composizione della controversia che altrimenti non si sarebbero presentate.

Se la Corte di giustizia, come abbiamo appena visto, assume questo profilo come uno degli elementi della sua analisi, una posizione diversa è stata assunta dal nostro giudice delle leggi. Nella sentenza n. 276/2000 la Corte costituzionale ha infatti affermato – in relazione al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le cause di lavoro – che l'inefficienza pratica dell'istituto non può comunque valere "a porre le norme che lo prevedono in contrasto con il parametro" di cui all'art. 24 Cost.: l'ineffettività del modo di tutela può risolversi nella violazione della norma costituzionale "in quanto derivi direttamente dalla legge così come formulata e strutturata e non dalle modalità, più o meno efficaci, della sua applicazione".

La Corte di giustizia ha concluso per la legittimità dell'istituto della conciliazione obbligatoria in materia di comunicazioni. La medesima conclusione va estesa al procedimento di mediazione di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 28?

Quanto agli obiettivi che l'istituto si prefigge di raggiungere, essi sono indubbiamente i medesimi, ossia la deflazione del lavoro dei giudici e l'offerta ai cittadini di procedure semplici e poco costose per la risoluzione delle liti [35].

Venendo alle modalità di svolgimento del procedimento, ritroviamo i caratteri ritenuti dalla Corte europea indispensabili per il rispetto del diritto di accesso al giudice, ovvero:

- il mediatore è privo del potere di rendere decisioni vincolanti [36];
- la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il che comporta, in caso di suo mancato espletamento, il rinvio del processo [37];
- l'istanza di mediazione ha effetti di sospensione della prescrizione e di impedimento della decadenza [38];
- l'obbligatorietà della mediazione non priva il titolare del diritto della tutela cautelare [39].

Vi sono due profili che però differenziano il procedimento disegnato dal decreto n. 28 rispetto alla conciliazione obbligatoria delle cause in materia di telecomunicazioni:

35 Si veda al riguardo la Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 28/2010, *sub* art. 5.
36 Art. 1 del decreto.
37 Art. 5, comma 1, del decreto.
38 Art. 5, comma 6, del decreto.
39 Art. 5, comma 3, del decreto.

i tempi, indubbiamente più lunghi (il procedimento deve infatti chiudersi in quattro mesi [40]), e i costi, che in relazione ad alcune delle controversie elencate nel primo comma dell'art. 5 possono essere di entità non lieve 41.

Sono sufficienti questi due profili per rendere l'istituto incompatibile con il diritto di accesso alla giurisdizione? Ritengo di no. Quanto ai costi, la mediazione obbligatoria è gratuita per i cittadini non abbienti [42] e comunque l'indennità dovuta all'organismo di mediazione è in questi casi ridotta di almeno un terzo [43]. Circa la durata, un'attesa di quattro mesi è un lasso di tempo senza dubbio significativo (e un lasso di tempo che non va computato ai fini del rispetto del canone della ragionevole durata del processo [44]). Tuttavia, occorre considerare che la sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale – che comunque determina il semplice differimento dell'udienza – scatta ove nel frattempo non sia stata presentata l'istanza di mediazione e il procedimento non si sia concluso ovvero non siano comunque decorsi quattro mesi [45], il che, se si considera che in ogni caso i termini minimi a difesa del processo di cognizione sono di novanta giorni, comporta, volendo, una posticipazione dell'udienza di soli trenta giorni.

3.2. *Efficacia dell'istituto*

Rimane il profilo dell'efficacia dell'istituto. Il dibattito sull'efficacia di forme obbligatorie di mediazione è un dibattito da tempo aperto in Italia [46], che si è subito

40 Cfr. l'art. 6 del decreto.

41 I costi del procedimento di mediazione sono determinati dalla tabella A allegata al decreto attuativo del Ministro della giustizia e, per ciascuna parte, vanno da un minimo di 45 euro (per le cause dal valore sino a 5.000 euro) sino a un massimo di 11.000 euro (per le cause di valore superiore ai 5 milioni di euro).

42 Ai sensi dell'art. 17, comma 5, del decreto n. 28, quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda all'organismo di mediazione "non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato".

43 Cfr. l'art. 16, comma 4, lettera d), del decreto del Ministro della giustizia *supra* menzionato.

44 Si veda l'art. 6 del decreto n. 28.

45 Il 1° comma dell'art. 5 del decreto distingue infatti l'ipotesi in cui la mediazione sia già iniziata, ma non sia ancora conclusa (con fissazione dell'udienza da parte del giudice dopo i quattro mesi dal deposito dell'istanza) dalla diversa ipotesi in cui la mediazione non sia stata esperita.

46 Il dibattito è aperto anche negli altri ordinamenti. Un esempio per tutti: l'Inghilterra, ove alle opinioni contrarie (ricordiamo l'opinione, menzionata supra alla nota 16, espressa dalla Court of Appeal nel caso Halsey v. Milton, nonché, in dottrina Brunsdon-Tully, *There is an A in ADR but Does Anyone Know What it Means Anymore?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2009, 218 ss.) si contrappongono opinioni nettamente favorevoli al ricorso obbligatorio alla mediazione. Così Sir Anthony Clark, Master of the Rolls, ha sostenuto che "*A horse (even a very obstinate horse) is more likely to drink if taken to water. We should be doing more to encourage (and perhaps direct) the horse to go to the trough. The*

riacceso alla luce delle prospettive aperte dal decreto n. 28/2010. Così, se secondo la relazione che illustra il decreto legislativo soltanto la previsione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda davanti al giudice per una vasta serie di rapporti può "garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflativa e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie", ad avviso dell'opposta opinione vi è invece il rischio assai elevato che imporre la mediazione per una così larga "platea tipologica di liti" sortisca l'effetto opposto di aggravare i costi e la durata dei processi [47].

Certamente, il quadro italiano delle esperienze dei procedimenti obbligatori di conciliazione è un quadro a tinte contrastanti. Fallimentare si è rivelata l'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di lavoro [48]. Ampiamente positiva è invece l'esperienza del tentativo obbligatorio in materia di telecomunicazioni di cui si è occupata la Corte europea di giustizia con la sentenza in commento: non soltanto è rilevante il numero delle liti chiuse in sede conciliativa [49], ma in relazione a tali controversie si riscontra – circa i procedimenti che si svolgono presso gli organi conciliativi delle camere di commercio – la stessa percentuale di raggiungimento di un accordo che è presente nelle procedure conciliative volontariamente scelte dalle parti [50].

Lo stesso successo avrà la mediazione obbligatoria disegnata dal decreto n. 28/2010?

E' difficile dirlo e solo l'esperienza concreta dell'istituto potrà darci la risposta.

4. La mediazione delegata

more horses approach the trough the more will drink from it." (*Speech to the Second Civil Mediation Council National Conference: The Future of Civil Mediation*, 8 maggio 2008, in *www.judiciary.gov.uk*).

47 Così Consolo, *op. loc. cit.*

48 Per tutti, cfr. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 461 ss. Per un esame della disciplina si veda Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. italiana dir. lav.*, 1999, 375 ss.

49 Le imprese partecipano al procedimento di conciliazione nell'82,7% dei casi e la percentuale di accordo raggiunto tra le parti è del 65%.

50 Cfr. al riguardo Luiso, *Interpretazione dei dati e tendenze evolutive*, in ISDACI, *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2010, 128 ss.

La direttiva europea n. 52/2008 individua nella mediazione "suggerita o ordinata" dal giudice una delle tre possibili forme di mediazione [51], accanto a quella liberamente scelta dalle parti e a quella prescritta dal legislatore. Sul punto ha taciuto la legge delega.

Il d.legisl. n. 28/2010, invece, prevede l'istituto, dettando al riguardo una disciplina, alquanto sintetica, nel comma 2 dell'art. 5 [52].

La disposizione prescrive che, "fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4", il giudice possa invitare le parti a procedere alla mediazione, "valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti". L'invito può essere rivolto alle parti anche in appello [53], ma in ogni caso prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni o, se questa non è prevista, prima della discussione della causa. Ove poi le parti aderiscano all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza dei quattro mesi previsti dall'art. 6 per lo svolgimento del procedimento, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione [54].

La relazione che accompagna il decreto [55] precisa che la mediazione delegata – e richiama come fonte la direttiva comunitaria – si affianca, ma non sostituisce il tentativo di conciliazione posto in essere dal giudice, rispetto al quale avrebbe però potenzialità ulteriori legate alle soluzioni facilitative "che sono invece tendenzialmente estranee ai poteri del giudice [56]". La mediazione delegata – precisa ancora la relazione – non è, circa le materie per le quali la mediazione preventiva è obbligatoria, impedita o vietata dal fatto che questa sia fallita.

51 Ricordo il testo dell'art. 5 della direttiva 52/2008: "l'organo giurisdizionale investito della causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia".

52 Il fatto che l'istituto sia previsto dalla direttiva europea esclude, a mio avviso, ogni dubbio di illegittimità costituzionale dell'istituto sotto il profilo del rispetto della delega.

53 L'inciso "anche in appello" non era presente nell'originario schema di decreto legislativo. D'altro canto pensiamo che negli Stati Uniti è stata l'esperienza positiva dei programmi di mediazione delegata dalle corti d'appello federali a suggerire l'introduzione di analoghi programmi anche per le corti federali di primo grado (cfr. al riguardo l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, sezione 2, comma 3).

54Sulla natura dilatoria di questo termine cfr. Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, cit., §10.

55 *Relazione illustrativa*, 8 s.

56 Non sono d'accordo su questo punto con la relazione: il fatto non è che il giudice, tentando di conciliare le parti, sia privo del potere di utilizzare tecniche facilitative (il legislatore nulla dice sulle modalità del tentativo di mediazione), ma piuttosto che tali modalità, incentrate sull'individuazione degli interessi invece che sull'accertamento dei diritti, sono estranee alla preparazione e all'esperienza del giudice.

La mediazione delegata dal giudice non rappresenta una novità assoluta nel nostro ordinamento.

Da un lato l'art. 155-*sexies*, comma 2 del codice civile [57] – siamo nell'ambito del giudizio di separazione – prevede che, "qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 (riguardo ai figli) per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo" [58].

Dall'altro lato erano già presenti prassi di mediazione delegata, che, facendo leva sulla valorizzazione da parte del nuovo art. 183 c.p.c. della comune intenzione delle parti di procedere a un tentativo di conciliazione e sui poteri di direzione del processo di cui all'art. 175 c.p.c., contemplavano la possibilità per il giudice di rinviare la trattazione della causa per consentire alle parti di esperire il tentativo stragiudiziale di conciliazione, facoltà esercitabile *in limine litis ex* art. 183 c.p.c. ovvero nel successivo corso del giudizio *ex* art. 185 c.p.c. [59]

Come ho detto, la disciplina dettata dal d.legisl. n. 28 è piuttosto sintetica. Da essa ricaviamo che:

- l'invito a ricorrere alla mediazione rientra nei poteri discrezionali del giudice;
- è necessario l'accordo delle parti;
- l'invito deve essere fatto, in primo grado e in appello, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, se questa manchi, dell'udienza di discussione;
- qualora le parti aderiscano all'invito, la successiva udienza viene fissata alla scadenza del termine previsto per lo svolgimento del procedimento di mediazione (quattro mesi).

57 La disposizione è stata inserita dalla legge n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso dei figli.
58 Al riguardo cfr. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 287 s.; Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 2006, 1063; Occhiogrosso, *Mediazione e affidamento condiviso*, in *Minori e Giustizia*, 2006, 185 ss.
59 Il riferimento è a due esperienze. La prima è costituita dal Progetto Conciliamo, sviluppatosi dal 2007 con il supporto della Corte d'appello di Milano (informazioni al riguardo possono essere lette in www.progettoconciliamo.it). La seconda esperienza è invece costituita dal Progetto Nausicaa, frutto di un protocollo d'intesa, sottoscritto nel dicembre 2009, tra magistrati, avvocati, commercialisti e docenti universitari fiorentini, con il sostegno della Regione Toscana (ulteriori notizie sul Progetto possono essere lette sul sito www.progettonausicaa.it.).

La lettera dell'art. 5 è muta su tutto il resto. In particolare, nulla dice circa la scelta del mediatore, ossia se la nomina spetta al giudice o invece alle parti, seguendo le regole di cui al d.legisl. n. 28 e nulla, neppure, viene detto circa un eventuale controllo del procedimento da parte del giudice.

Dalle esperienze già presenti nel nostro ordinamento, d'altro canto, traiamo indicazioni contrastanti.

Quanto alla disposizione dettata dal codice civile all'art. 155-*sexies*, sono controversi sia la qualificazione degli "esperti" che l'ambito del controllo operato dal giudice sul procedimento di mediazione. Accanto a chi vede nella mediazione un'attività del tutto esterna al processo con gli esperti nominati dalle parti, vi è invece chi ritiene che la mediazione si svolga sotto il controllo del giudice che provvede lui a nominare gli esperti, opinione quest'ultima che ha trovato avallo nella giurisprudenza di merito. L' "esperto" sarebbe quindi un ausiliario del giudice, la cui natura giuridica "va inquadrata sistematicamente nell'ambito dell'art. 68 c.p.c. sia alla luce del dato normativo sia in base ad un esame sistematico delle disposizioni di legge" [60].

Quanto invece alle prassi già presenti nei nostri tribunali, è netta la scelta verso un modello di procedimento ove il giudice si limita a suggerire alle parti di procedere al tentativo di conciliazione stragiudiziale presso uno degli organismi aderenti alla sperimentazione, organismo che poi amministra il procedimento provvedendo alla nomina del mediatore [61].

Tornando al d.legisl. n. 28, mi pare che un punto debba essere considerato fermo. Il mediatore non può essere ricondotto alla figura del consulente tecnico, ausiliario del giudice. Se tale soluzione è infatti ipotizzabile in relazione all'art. 155-*sexies* c.c., ove da un lato manca una disciplina del procedimento e dall'altro lato il legislatore parla di "esperto", alla stessa conclusione non è possibile giungere per l'istituto di cui al decreto n. 28. Qui infatti l'istituto della mediazione delegata è previsto all'interno di una disciplina che identifica la figura del mediatore, con compiti e obblighi che per certi aspetti sono incompatibili con quelli invece propri del consulente tecnico. Pensiamo all'obbligo di riservatezza proprio del mediatore circa le dichiarazioni rese dalle parti durante il procedimento di mediazione *ex* art. 9 decreto n. 28 rispetto all'obbligo, *ex* art. 200 c.p.c., del consulente tecnico di riportare nella relazione le

60 Così Trib. Lamezia Terme, 5 dicembre 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 265.
61 Cfr. al riguardo sia il Progetto Conciliamo che il Progetto Nausicaa.

dichiarazioni delle parti, dichiarazioni che poi possono essere valutate dal giudice ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c.

Sempre seguendo quella che è la disciplina in generale dettata dal d.legisl. n. 28, il mediatore, anche quando il procedimento è delegato dal giudice, viene nominato dall'organismo di mediazione scelto dalle parti. Certamente, è auspicabile che, come già avviene per i Tribunali di Milano e di Firenze [62], siano stipulati dei protocolli che vedano coinvolti determinati organismi di mediazione ai quali le parti possano essere indirizzate dal giudice.

Questo però, a mio avviso, non significa che il giudice, una volta che abbia raccolto il consenso delle parti e fissato la successiva udienza ai sensi del comma 2 dell'art. 5, perda i suoi poteri di direzione del processo. Così, qualora la mediazione dovesse ad esempio chiudersi immediatamente perché una delle parti, che pure ha dato il suo consenso, non si è presentata all'incontro [63], al giudice può essere chiesto di revocare il proprio provvedimento di fissazione dell'udienza anticipandone la data.

5. La mediazione di classe

L'azione di classe, dopo una lunga e tormentata vicenda, è divenuta realtà in Italia. Il dettato normativo di cui all'art. 140-*bis* del codice del consumo, nella formulazione introdotta dall'art. 49 della legge n. 99/2009, è infatti efficace a partire dal 1° gennaio 2010 [64].

Ora, se la precedente formulazione dell'art. 140-*bis* dedicava specifica attenzione al tema della conciliazione (sia pure con una disciplina da molti giudicata ambigua e foriera di difficoltà applicative [65]), nulla invece dispone l'attuale testo, che si limita al comma 15 a prevedere che "le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito".

62 In relazione ai Progetti Conciliamo e Nausicaa cui abbiamo fatto cenno.
63 Non mi sembra infatti che le parti – che pure abbiano consentito davanti al giudice alla mediazione – siano poi "obbligate" a partecipare al procedimento, salva ovviamente l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 8.
64 Le azioni di classe sinora proposte sono poche e i provvedimenti emessi soltanto due. Cfr. al riguardo Menchini, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140*-bis *cod. consumo*, in www.judicium.it.
65 Si vedano Gitti, *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva*, www.judicium.it.; Santagada, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140*-bis *cod. consumo*, ibidem.

Nella disciplina del decreto legisl. 28/2010 l'istituto dell'azione di classe ricorre due volte.

Anzitutto, l'ultima parte del primo comma dell'art. 5 esclude l'obbligatorietà del preventivo tentativo di mediazione per l'azione di cui all'art. 140-*bis* (così come per le azioni previste dagli artt. 37 e 140 del codice del consumo) [66].

In secondo luogo, l'art. 15 del decreto – rubricato "mediazione nell'azione di classe" – afferma che "quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito" [67].

Certamente, a confronto con le scelte operate in altri ordinamenti – anzitutto, ma non soltanto, gli Stati Uniti [68]– il nostro legislatore è stato molto prudente nel prevedere la "mediazione di classe".

Come ha scelto il sistema di c.d. *opt-in* per la formazione della classe (il singolo consumatore deve infatti prestare espressa adesione all'azione [69]), allo stesso modo il legislatore ha infatti imposto che gli aderenti prestino espresso consenso alla conciliazione intervenuta tra l'attore collettivo e l'impresa convenuta affinché questa possa avere efficacia nei loro confronti.

Al riguardo, però, non viene dettata alcuna regola. In particolare, se è chiara la necessità di una procura *ad hoc*, il testo dell'art. 15 – così come l'art. 140-*bis* [70] – non

66 Al riguardo, la relazione illustrativa del decreto afferma che "non è concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni".

67 La relazione precisa che la mediazione intervenuta tra attore e convenuto in un'azione di classe non è distinguibile da una normale mediazione individuale. Affinché la mediazione possa divenire "mediazione di classe" occorre anzitutto attendere la scadenza del termine per l'adesione degli altri membri della classe e poi che ciascun aderente dia il suo consenso all'accordo raggiunto.

68 Pensiamo all'Olanda ove nel 2005 è stato disciplinato il c.d. procedimento collettivo di conciliazione: si tratta di un procedimento che può essere attivato – senza che sia necessaria una previa pronuncia giurisdizionale – sia da una associazione o da una fondazione che rappresenti gli interessi dei titolari del diritto che dalla controparte, con l'obiettivo di raggiungere un accordo che possa essere ratificato dal giudice (la Corte d'appello di Amsterdam). La conciliazione, una volta che sia stata ratificata, vincola tutti i membri della classe, a meno che questi abbiano manifestato la volontà di essere esclusi dall'accordo.

69 Cfr. il comma 3 dell'art. 140-*bis*.

70 Sui rapporti tra il disposto dell'art. 15 del d.legisl. n. 28 e il 15° comma dell'art. 140-*bis*, e se il primo si limiti a riprodurre il secondo ovvero abbia una propria, autonoma portata precettiva, cfr. Zulberti, *Art. 15*, in Castagnola-Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., 237 ss.

ci dice se tale procura possa già essere conferita al momento dell'adesione o se invece sia necessario che il consenso sia prestato dopo che l'aderente ha avuto conoscenza della proposta conciliativa e in ogni caso non fissa un termine scaduto il quale si possa concludere che il consenso non sia stato dato [71].

Circa la proposta, poi, l'art. 15 tace circa la sua pubblicità e, in particolare, non impone che l'accordo sia portato a conoscenza degli aderenti in modo che questi possano valutare se aderirvi o meno [72].

Si è giustamente osservato [73] che è realistico pensare che l'impresa convenuta, dopo la valutazione di ammissibilità dell'azione e una volta che sia decorso il termine per l'adesione da parte dei membri della classe, sarà fortemente interessata a chiudere la lite con parte attrice, e probabilmente a condizioni di favore rispetto agli altri membri della classe.

Una volta che si sia conclusa la conciliazione tra le parti, il processo si estingue infatti nella sua totalità: per l'attore collettivo e l'impresa convenuta, in relazione ai quali si avrà cessazione della materia del contendere, e anche per tutti gli aderenti, sia per quelli che hanno dato il loro consenso che per quelli che tale consenso non l'abbiano invece dato (l'art. 140-*bis* non prevede infatti la possibilità di una prosecuzione dell'azione con la nomina di un nuovo rappresentante [74]). Con la conseguenza, per questi ultimi, della definitiva consumazione dell'azione collettiva: ai sensi del 14° comma dell'art. 140-bis, infatti, "non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma" [75].

---

71 Consolo, *Come cambia, rivelando ormai il suo volto, l'art. 140*-bis *e la* class action *consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1306 s., il quale osserva – in relazione al comma 15 dell'art. 140-*bis* – che è aperta la questione, dato il silenzio al riguardo della disposizione, circa la possibilità, e le eventuali modalità, del ritiro dell'adesione e se sia possibile per il singolo consumatore porre in essere una autonoma transazione e se ciò comporti la revoca dell'adesione.

72 Cfr. Fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140*-bis bis *e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it. cit.

73 Fiorio, *op.loc. cit.*

74Tale soluzione viene avanzata come quella che avrebbe dovuto adottare il legislatore da Menchini-Motto, *Art. 140*-bis, in www.judicium.it.

75 Opposta era invece la soluzione ricavabile sulla base della precedente formulazione dell'art. 140bis (cfr. Consolo, *La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi*, in *Analisi giur. Economic*a, 2008, 188, secondo il quale la transazione comportava la rinuncia alla proposizione dell'azione da parte dell'attore collettivo, ma non comprometteva la possibilità di avviare una nuova azione di classe da parte di altri soggetti legittimati).

Il legislatore, pertanto, tutela efficacemente il convenuto (che conciliando la lite con l'attore può definitivamente chiudere ogni azione di classe), ma non possiamo concludere lo stesso per i componenti della classe, diversi dall'attore, che abbiano aderito all'azione. È vero che essi non sono vincolati da accordi ai quali non hanno prestato il proprio consenso, ma anzitutto non è scontato che tale accordo venga da loro conosciuto e poi non è certo tutelato da un lato il loro diritto ad ottenere una sentenza nell'azione di classe e dall'altro ad avere un accordo transattivo adeguato, con la conseguenza che possono trovarsi a dover scegliere tra l'accettare una composizione magari poco soddisfacente della lite e l'avviare un nuovo ed autonomo giudizio individuale.

Si sottolinea come – a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti [76] – l'accordo raggiunto nel procedimento di mediazione (o a seguito di una semplice negoziazione tra parte attrice e parte convenuta) non sia soggetto ad alcun controllo da parte del giudice.

Questo è vero se stiamo alla disciplina contenuta nell'art. 140-*bis* e nell'art. 15 d.legisl. 28. In realtà, vi è a mio avviso un percorso interpretativo che consente di porre la mediazione di classe sotto il controllo del giudice.

Il d.legis. n. 28/2010, come abbiamo appena visto, ha introdotto nell'ordinamento italiano la mediazione delegata. L'art. 5, comma 2, dice che essa viene disposta dal giudice "valutata la natura della causa". Ora, mi pare che per l'azione di classe la natura dell'azione debba portare il tribunale, una volta che la domanda abbia superato il filtro di ammissibilità, ad esplorare la volontà delle parti di giungere ad una composizione della lite [77] e in caso positivo (la mediazione delegata presuppone infatti l'adesione delle parti [78]) a disporre la mediazione.

76 Per una panoramica dei nei quali le conciliazioni delle azioni collettive sono sottoposte all'approvazione da parte del giudice cfr. Cappiello, *La composizione stragiudiziale dell'azione collettiva risarcitoria,* in *Analisi giuridica dell'economia,* 1, 2008, 196.

77 Al riguardo se veda anche la già menzionata Guida all'UNCITRAL *Model Law*, che sottolinea il ruolo fondamentale che può essere svolto dalla conciliazione in relazione alle liti che coinvolgono una pluralità di parti.

78 Bove (*La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, cit., § 10) pone il dubbio che per disporre la mediazione delegata sia necessario che l'invito del giudice debba essere accolto non solo dalle parti, ma da tutti gli aderenti e conclude che imporre tale estensione sarebbe poco ragionevole perché non di facile attuazione ed in contrasto con la logica della stessa azione classe.

In tal caso, mi sembra che i maggiori poteri discrezionali che il comma 11 dell'art. 140-*bis* riconosce al tribunale in relazione all'azione di classe [79], insieme al compito, affidato al tribunale sempre dal comma 11, di tutela degli aderenti, portino a sottoporre il procedimento sotto il controllo del giudice. Così, se non si vuole pensare ad una nomina del mediatore da parte del tribunale – in quanto ipotesi non contemplata dall'art. 5 d.legisl. n. 28 -, sicuramente l'accordo una volta raggiunto in sede di mediazione andrà sottoposto alla verifica del giudice che, oltre al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative imposto dall'art. 12 d.legisl. 28, dovrà anche accertare che l'accordo si ponga come equo per l'intera classe [80] e solo in tal caso chiuderà l'azione di classe.

Mi pare inoltre che, una volta riportato l'accordo sotto il controllo del tribunale, sia possibile superare la lacuna relativa alla comunicazione dell'accordo conciliativo: usando i poteri conferitigli dall'art. 140-*bis*, comma 11 [81], il tribunale ordinerà alle parti di comunicare agli aderenti il contenuto dell'accordo in modo che questi possano prestare il loro eventuale consenso.

79 Ai sensi del comma 11, infatti, il tribunale determina "il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo (..) e disciplina ogni altra questione di rito".

80 Ricordiamo i parametri dettati dalla *rule* 23 delle statunitensi *Federal Rules of Civil Procedure*, ossia che l'accordo sia "*fair, reasonable, and adequate*".

81 Così la disposizione: il tribunale "onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti".

EFETIVIDADE DA SENTENÇA CONSTITUTIVA

Darci Guimarães Ribeiro

Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processo Civil da PUC/RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual Civil. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa financiado pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC – da Espanha.

"*Más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología*" *(GUASP, La pretensión procesal. In: Anuario de Derecho Civil, 1952, t. V, fasc. 1º, p. 26).*

Sumário: *1. A eficácia preponderante como critério classificador; 2. Direitos potestativos; 3. Sentença constitutiva; 3.1. Conteúdo e direitos potestativos; 3.2. Sentença constitutiva e sentença declaratória; 3.3. Sentença constitutiva e sentença condenatória; 3.4. Execução e sentença constitutiva.*

1. A eficácia preponderante como critério classificador

Desde o direito romano as pretensões (*rectius*, ações[1]) eram classificadas de acordo com a '*natureza do direito*', ou seja, pessoais, reais, mista, pretoriais, etc[2].

[1] Por questões metodológicas e ontológicas preferimos utilizar a expressão pretensão ao invés de ação. A justificativa dessa opção é extremamente complexa e foge aos propósitos do presente artigo, mas pode ser encontrada em DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona Bosch, 2004, nº 9.5, p. 158 a 161.

[2] Para aprofundar melhor o estudo da classificação das ações no direito romano, consultar IHERING, *El espíritu del derecho romano*. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. Granada: Comares, 1998, t. III, §56, p. 757 a 778 e t. IV, §61, p. 810 a 825; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*. Trad. Santiago Santís

Depois da idéia fundamental dos direitos potestativos anunciada por Chiovenda em sua famosa conferência pronunciada na Universidade de Bolonha, em 3 de fevereiro de 1903, se substituiu a antiga forma que tinha por base a natureza do direito[4], pela modalidade que leva em consideração os '*efectos jurídicos existentes*'[5].

Desde então, os autores começaram a classificar as sentenças a partir dos efeitos jurídicos produzidos por elas. Aqui é necessário, se quisermos evitar confusão, identificar claramente a noção de conteúdo da sentença, seus efeitos e ainda a eficácia da mesma.

Em primeiro lugar, devemos precisar que os efeitos de uma sentença se diferenciam de seu conteúdo e de sua eficácia, pois, enquanto o conteúdo e a eficácia são elementos internos da sentença[6], sua essência, algo que a integra, os efeitos são algo

---

Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, §14 e ss, p. 131 e ss; VAN WETTER. *Cours élémentaire de droit romain*. Paris: Marescq, 1893, t. I, §§96 a 104, p. 201 a 215; MURGA, *Derecho romano clásico - II. El proceso*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1989, p. 211 a 246; BIONDO BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1952, §§20 e 21, p. 79 a 84; SCHULZ, *Derecho romano clásico*. Trad. José *Santa Cruz Teigeiro*. Barcelona: Bosch, 1960, Cap. II, p. 27 a 47; e, especialmente, WENGER, *Actio iudicati*. Trad. Roberto Goldschmidt e Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: Ejea, 1954.

[4] Diversamente do que ocorre nos demais países da Europa Continental, o direito francês classifica tradicionalmente as ações em "1. actions 'réelles, personnelles' et 'mixtes'; 2. actions 'mobilières' et 'immobilières'; 3. actions 'possessoires' et 'pétitoires'", como nos demonstra a classificação de VINCENT e GUINCHARD, *Procédure civile*. Paris: Daloz, 1999, nº 73, p. 124, com uma pequena crítica por parte de SOLUS-PERROT, que denunciam nesta classificação a exclusão dos *"'droits extra-patrimoniaux': droits de la personnalité, droits de famille, droits intellectuels, etc...*", *Droit judiciaire prive*. Paris: Sirey, 1961, t. I, nº 121, p. 117.

[5] CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*. Trad. Santiago Santís Melendo. Bogotá: Temis, 1986, nº 11, p. 29 e ss, e también o nº 13, p. 37 e ss. Este é o sentido de BARBOSA MOREIRA quando o mesmo afirma que efeito e eficácia são coisas distintas, pois, "todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito – característica pela qual, justamente, se distinguem os atos 'jurídicos' dos que não o são. Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos). (...) Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima exposto, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). Menos freqüente é o uso de 'eficácia' como sinônimo de efeito, isto é, para designar cada um dos efeitos (em potência ou em ato) particularmente considerados, o que leva a conferir-se ao mesmo ato jurídico numa pluralidade de 'eficácias'", *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. In: Ajuris, nº 35, 1985, p. 204 e 205.

[6] Sobre este particular, aderimos à doutrina de OVÍDIO B. DA SILVA, que amplia o conteúdo da sentença não o limitando exclusivamente a declaração ou constituição pronunciada pelo juiz, pois, segundo o autor "as eficácias de uma dada sentença fazem parte de seu 'conteúdo'. Através delas é que uma sentença declaratória ou constitutiva, ou condenatória, ou executiva, ou mandamental, é diferente das demais", *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, p. 464. Daí concluir o autor que: "O conteúdo de cada sentença é formado pelos verbos que o compõem", *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 1998, v. II, p. 424. Com uma postura distinta PONTES DE MIRANDA, para quem a "'eficácia' é a energia automática da resolução judicial. (..) A 'eficácia' compreende, portanto, a 'fôrça' ('e. g.', a eficácia consistente na 'fôrça' da coisa julgada material da sentença declarativa) e o 'efeito' ('e. g.', a eficácia consistente no 'efeito' de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas

externo, que se projetam fora da mesma[7]. Por isso a eficácia, que está no conteúdo da sentença, é a causa[8] dos possíveis efeitos que, originados de seu conteúdo, se projetam e se manifestam fora da mesma sentença, mas com ela não se confunde[9]. Em conseqüência, o conteúdo da sentença, por ser causa, é maior que os efeitos por ela produzidos[10], isto é, uma sentença pode conter diversas eficácias e produzir, por via de conseqüência, efeitos também diversos que podem ocorrer ou não, *e. g.*, de acordo com a doutrina majoritária, a sentença condenatória[11] se caracteriza pela declaração de existência de uma prestação e por conseqüente imposição de uma sanção estabelecida na lei, em virtude do ato ilícito cometido pela outra parte, pertencendo estas duas eficácias ao conteúdo da sentença. Este conteúdo, por sua vez, produz, entre outros possíveis efeitos, o executivo, que consiste na criação de um título, pois ainda predomina o princípio *nulla executio sine titulo*, porém, que pode não se produzir, uma vez que o vencedor não realize a pretensão executiva. Teremos, por tanto, dois momentos distintos na sentença condenatória: o primeiro constituído por seu conteúdo (*rectius*, declaração de culpa + imposição de uma sanção legal), e o segundo, constituído por seu efeito executivo que, apesar de haver nascido do conteúdo, se projeta fora da sentença condenatória[12].

---

de ordinário não têm", *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1972, t. I, § 32, p. 160 e 161.

[7] A este respeito, afirma acertadamente BARBOSA MOREIRA, que "o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico", *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, ob. cit., p. 205. De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, para quem: "Os efeitos hão de ser, por definição, exteriores ao ato que os produz, à medida que, até mesmo, o pressupõe existente e capaz de produzi-los, vale dizer, eficaz", *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 461.

[8] A palavra *causa*, dentro das diversas acepções descritas por ARISTÓTELES, é empregada no sentido de "entidad", de "esencia", *Metafísica*. Trad. Tomás Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 2000, L. I, nº 983a-25, p. 67, e significa, nas palavras do autor, "aquello de-lo-cual se hace algo, siendo aquello inmanente <en esto>", *Metafísica*, ob. cit., L. V, nº 1013a-25, p. 195.

[9] Daí afirma BARBOSA MOREIRA, que: "Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra", *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, ob. cit., p. 206.

[10] Esta idéia tem sua origem a partir da afirmação de ARISTÓTELES, segundo a qual "<es mayor> lo que es principio que lo que no es principio y lo que es causa que lo que no es causa; porque sin causa ni principio es imposible existir o llegar a ser", *Retórica*, Trad. Quintín Racionero. Madrid: Gredos, 2000, L. I, nº 1364a-10, p. 92.

[11] Sobre este particular, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 9.5.3.1.3, p. 182 a 186.

[12] No mesmo sentido, LORCA NAVARRETE, quando afirma: "Dos son los momentos que pueden distinguirse en este tipo de pretensión declarativa: 'la declaración de condena' por parte del órgano jurisdiccional civil en la sentencia y 'la ejecución de ésta' cuando el condenado no cumple", *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1991, tema IV, nº 2, p. 90. Igualmente LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile.* Milano: Giuffrè, 1984, t. I, nº 84, p. 162 e 163; e BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, ob. cit., p. 206.

Em segundo lugar, também devemos precisar a essência da eficácia para diferenciá-la dos possíveis efeitos produzidos a partir do conteúdo da sentença. A eficácia é o elemento através do qual o conteúdo de uma sentença se diferencia de outros conteúdos, é o componente que qualifica seu conteúdo e permite, por exemplo, distinguir uma sentença constitutiva de uma condenatória, ou uma sentença declarativa de uma constitutiva, e assim sucessivamente. Por isso, a eficácia é o elemento central do conteúdo da sentença, sua '*energia*', que está representada pelos diferentes '*verbos*' existentes nos conteúdos das sentenças[13], e indica, de acordo com OVÍDIO B. DA SILVA, "*mais do que a validade, ou a pura aptidão para ser eficaz, perante seus destinatários, indica a qualidade do 'ser eficaz', porque não se diz simplesmente que tal sentença tem eficácia, e sim que tem esta ou aquela eficácia, que ela é declaratória, constitutiva etc*"[14]. Deste modo, podemos concluir dizendo que enquanto as eficácias estão caracterizadas pelos verbos específicos que traduzem as peculiaridades de cada um deles dentro do conteúdo das sentenças, os efeitos estão fora do conteúdo das sentenças, já que são *posterius* com relação às eficácias, algo externo que se projetam a partir delas. Daí que as eficácias sejam os '*comandos*', por assim dizer, geradores dos possíveis efeitos, e por tanto, a existência de uma eficácia, por exemplo, mandamental (ordem) produz o efeito mandamental que está caracterizado pela expedição do mandado, porém, pode ocorrer que este efeito jamais se produza, basta pensar nas hipóteses de que este mandato não seja expedido. De forma idêntica ocorre com a eficácia executiva, anteriormente analisada, que está dentro do conteúdo de uma sentença condenatória e produz como conseqüência natural o efeito executivo caracterizado na *vis executiva* (hoje realizada através da fase do cumprimento de sentença, art. 475-I e ss do CPC), que pode não se produzir, vez que o vencedor pode não se utilizar da fase do cumprimento de sentença, e assim sucessivamente com todos os demais efeitos nascidos das respectivas eficácias.

[13] A idéia é de OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463 e ss. Sobre o tema o autor afirma, acertadamente, que: "Se quisermos saber se o verbo ordenar (ordeno) integra o conteúdo da sentença mandamental, é simples: basta retirá-lo e verificar se a sentença em si mesma permaneceu imodificada. É óbvio que ela só é mandamental por 'conter' a ordem em seu 'conteúdo'", *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 464; ou então: "se a sentença fosse apenas declaratória em seu 'conteúdo', não poderia estar o verbo condenar (condeno). Se retirássemos dela o verbo 'condenar', a sentença continuaria condenatória ou, tendo ficado reduzida à declaração de que o réu era responsável por indenização, deixaria de ser condenatória para ser simplesmente declaratória (art. 4º do CPC)? Certamente a perda do verbo 'condenar', significaria redução de seu 'conteúdo' ou de sua eficácia", *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463 e 464.

[14] *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463.

Parte da doutrina processual moderna ainda classifica as diversas pretensões processuais (*rectius*, ações processuais) como se o conteúdo de cada uma delas tivesse somente uma eficácia, *v. g.*, a pretensão é declarativa porque contém uma eficácia declarativa. Porém, o certo é que, na realidade, como indicamos, os conteúdos das pretensões e das sentenças sugerem conter em si mais de uma eficácia[15]. A partir daí PONTES DE MIRANDA afirmou categoricamente que: "*Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura*"[16]. Sem ser tão radical, podemos concluir que as pretensões e, em conseqüência, as sentenças são híbridas, ou seja, geralmente possuem mais de uma eficácia. E se as pretensões e as sentenças possuem mais de uma eficácia, qual é o critério mais adequado para classificá-las? Cremos que o critério mais adequado, por uma questão lógica e metodológica, é o que toma por base a *eficácia preponderante* entre todas as demais eficácias contidas dentro da declaração petitória do autor, é a "*eficácia maior*"[17] a que empresta seu nome à pretensão ou a sentença[18], ou

[15] Neste sentido GUASP, quando afirma que: "La relatividad jurídica de los tipos de acción, complemento de la relatividad de la acción en general, como ha demostrado Calamandrei, se corrobora pensando en la posibilidad de que la función de cada uno de estos tipos se obtenga a través de la estructura, más o menos forzada, de los otros; así, por no citar sino el caso más significativo, la función de la acción declarativa, a través de la acción de jactancia: acción de condena, que tendía a obtener no una mera declaración, sino una verdadera imposición judicial", *La Pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1985, p. 79, nota 79, e também nos *Estudios Jurídicos*, Madrid: Civitas, 1996, nº 20, p. 606 e 607, nota 79; SENTÍS MELENDO, ao dizer: "No hay sentencias totalmente declarativas, como no las hay totalmente de condena; se trata, por regla general, de un pronunciamiento mixto o promiscuo", *Acción y pretensión*. In: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1967, nº 11, p. 39; PRIETO-CASTRO, quando afirma que na ação constitutiva "el 'efecto' de la sentencia es doble. De un lado, declara el derecho del actor al cambio jurídico, como en las otras sentencias; pero contemporáneamente provoca aquél, con la constitución, modificación o extinción", e também quando assevera que: "En sí, la sentencia constitutiva se basta y sobra para la finalidad a que tiende, no siendo precisa la 'ejecución'. Pero no excluye la necesidad de realizar actos consecuenciales que no tienen carácter ejecutivo, sino más bien de acreditamiento, de constancia y publicidad del cambio ocurrido (v. gr., inscripción de la separación de los cónyuges y de los bienes en el Registro, artículos 82 y 1437 Cód. Civ; del cambio de propietario en el de la Propiedad, por virtud del retracto, mandamientos y notificaciones a otros organismos, etc.)", *Acciones y sentencias constitutivas*. In: Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, nº 7, p. 139; e W. GOLDSCHMIDT, *Guerra, duelo y proceso*. In: Revista de Estudios Políticos, ano X, v. XXXIV, nº 54, p. 80.

[16] *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §26, p. 124.

[17] PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §26, p. 124. Para o autor: "'Não há outro meio científico, de classificar as sentenças, que por sua fôrça', pesando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (fôrça e efeitos)", ob. cit., t. I, §32, p. 162.

[18] A classificação das sentenças a partir da eficácia preponderante é defendida por LANGHEINEKEN, apud CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*. In: Ajuris, nº 43, p. 75; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §25 e ss, p. 117 e ss, BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil*. In: Repro, nº 97, p. 255, nota 20; OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 152; ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, nº 31, p. 39 e CARLOS A. A. OLIVEIRA, em que pese o autor não negar a eficácia preponderante, prefere o mesmo utilizar a classificação com base nas 'formas de tutela jurisdicional', *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, nº 27, p. 137 a 140, entre outros autores.

mais especificamente: a *eficácia preponderante* é uma consequência natural do que realmente o autor pede.

A classificação que toma por base só a "*specie e alla natura del provvedimento che viene domandado*", como se fosse "*l'unica classificazione legittima*"[19], tem sido bastante criticada[20], pois "*cuando los conceptos dogmáticos empiezam a predominar en la ciencia puede predecirse la rápida decadencia de la misma. Dogma y ciencia son – por esencia – contradictorios*"[21]. Do nosso ponto de vista, esta classificação não é adequada – não utilizamos a expressão ilegítima, porque consideramos todas as formas de classificação, como mínimo, legítimas desde sua perspectiva. Basicamente os autores partem do binômio cognição-execução para classificar os diversos tipos de tutela jurisdicional[22]. Porém, o certo é que estas duas atividades, conhecer e executar, por

[19] LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, ob. cit., t. I, nº 76, p. 143. O autor considera que "*l'unica classificazione legittima*" é aquela que toma por base "*le azioni di cognizione; le azioni esecutive; le azione cautelari*", ob. cit., t. I, nº 76, p. 143 e 144. Esta teoria, bastante difundida, que classifica a tutela cautelar como um *tertium genus*, encontra em CALAMANDREI, seu opositor mais conhecido, uma crítica bastante acertada, segundo a qual "las providencias cautelares no constituyen un 'tertium genus', que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y a las de ejecución, de modo que, al calificar una providencia como 'cautelar', se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva; sino que constituyen una categoría formada a base de un carácter de diferenciación, que es diverso del carácter por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución, por lo que la calificación de cautelar dada a las providencias de este grupo no excluye que cada una de ellas pueda, a base de un criterio diverso de clasificación, aparecer como perteneciente a las providencias de cognición o a las de ejecución. Quien, sin esta necesaria advertencia, quisiera hacer una división tripartita de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y cautelares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad de los términos, como quien dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeos", *La sentencia declarativa de quiebra como providencia cautelar*. In: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, apéndice II, p. 191. Com uma crítica mais ampla e contundente COMOGLIO que censura não só a cautelar como um *tertium genus* senão principalmente a classificação das tutelas que tomam por base o "'tipo di giudizio instaurabile' (ad es., di cognizione, conservativo od esecutivo, come si esprime l'art. 2943 c.c.)", *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*. In: Riv. Dir. Proc., 1993, nº 2, p. 489.

[20] Entre as diversas críticas convém mencionar, por sua profundidade, as realizadas por OVÍDIO B. DA SILVA, quando o mesmo afirma que: "O equívoco que tem levado os juristas a afirmar que a única classificação legítima, do ponto de vista da ciência processual, seria aquela que distingue as ações e sentenças por suas respectivas cargas de eficácia, decorre da suposição de que a separação entre o chamado 'processo de conhecimento' e o processo de execução seja um fenômeno apenas processual e que nada tenha a ver com o direito material de que o processo se ocupe; supondo-se que o processualista, e o legislador, sejam soberanos absolutos neste domínio, podendo fazer e desfazer as coisas, criando ou extinguindo ações condenatórias ou executivas ou declaratórias; ou transformando-as de uma categoria em outra. (...) Jamais poderá o legislador do processo mudar a natureza constitutiva de uma ação de separação judicial, ou de anulação ou rescisão de um contrato", *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 149.0

[21] BENABENTOS na obra *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Juris, cap. II, nº 5, p. 97.

[22] O fato de a lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, ter alterado a concepção tradicional sobre este binômio que exigia uma execução *ex intervallo*, não significa que o mesmo tenha, atualmente,

questões de ordem sócio-econômica podem, em algumas situações, estar juntas, sendo inclusive impensável separá-las, como ocorre, por exemplo, na tutela cautelar[23], no despejo[24], etc[25]. A relatividade desse binômio, cognição-execução, já foi apontada pelo próprio LIEBMAN, quando disse: "*As duas atividades distintas de 'conhecer' e 'executar' podem reunir-se e misturar-se em único procedimento, examinando-se e resolvendo-se as dúvidas e as questões à medida que surgirem: ou podem separar-se e suceder-se numa ordem nem sempre fixa e invariável. O direito vigente deu a estes problemas soluções que são o resultado de longa e interessante evolução histórica*"[26]. De igual modo FABRÍCIO destaca: "*é ao direito legislado que, sensível inclusive a razões de conveniência sócio-econômica, cabe prover sobre a necessidade ou não, com*

desaparecido. O que ocorre é que o credor, ao invés de propor uma demanda executiva autônoma, deverá *requerer*, dentro da mesma relação processual, conforme *caput* do art. 475-J, do CPC, o cumprimento da sentença. Essa alteração legislativa produziu escassos resultados práticos na vida dos operadores do direito, pois, como acertadamente evidencia ARAKEN DE ASSIS ainda existe "*actio judicati* do art. 475-I, *caput*, c/c art. 475-J", *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, nº 10, p. 26. Também DANIEL MITIDIERO, com grande propriedade, aponta a insignificância da reforma através da advertência de Pontes de Miranda, para quem "o valor da dicotomia 'procedimento de cognição, procedimento de execução', no plano teórico e no prático, é quase nenhum", *A nova execução*. Coord. Carlos A. A. Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2. Por isso ainda podemos considerar válida, senão em termos absolutos ao menos relativo, a crítica feita por THEODORO JÚNIOR quando o mesmo disse que: "Embora o que queira de fato o credor seja a concretização efetiva de seu direito, só não é possível, por exemplo, o autor de uma ação de indenização pedir desde logo a condenação do devedor ao pagamento do prejuízo, com a cominação de penhora e praceamento de bens e conseqüente pagamento do que lhe é devido, porque teima em prevalecer o dogma de que o processo de conhecimento e o processo de execução são atividades distintas e que só devem ser tratadas em relações processuais diversas", *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 237.

[23] Neste sentido LIEBMAN, ao disser: "Nella tutela cautelare non si può perciò distinguere una fase di cognizione ed un'altra di esecuzione; essa si svolge in ogni caso attraverso un procedimento unitario, in cui si trovano congiunte ed eventualmente frammiste le attività di diversa indole che, a seconda dei casi, concorrono a conseguire la piena attuazione della cautela", *Manuale di diritto processuale civile*, ob. cit., t. I, nº 96, p. 195.

[24] Sobre o tema PÉREZ-CRUZ MARTÍN quando afirma: "Por lo que respecta a la ejecución de la sentencia dictada en juicio de desahucio hemos de recordar que, conforme dispone los arts. 1596 de la L.E.Cv., la sentencia dictada en dicho procedimiento cuando declare haber lugar al desahucio se ejecutara en cuanto al lanzamiento del demandado, previo apercibimiento del desalojo, en los plazos (...)", *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales*, Oviedo: Forum, 1999, p. 120.

[25] Sobre este aspecto, afirma acertadamente VERDE que "nel caso del contratto preliminare si è ottenuto costruendo una fattispecie legale che ha fuso i due momenti, qui si deve attuare riconoscendo l'inevitabile interconnessione tra cognizione ed esecuzione", *Attualità del principio 'nulla executio sine titulo'*. In: Riv. Dir. Proc., 1999, nº 4, p. 987.

[26] *Processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1946, nº 5, p. 24. É bastante conhecida a tese de MANDRIOLI, segundo a qual uma das características da tutela constitutiva "è la massima concentrazione formale tra il momento della cognizione e il momento esecutivo", *L'azione esecutiva*, Milano: Giuffrè, 1955, nº 121, p. 618.

respeito a determinada pretensão de direito material, de manter ou suprimir a dicotomia cognição-execução"[27].

Deste modo, quando existirem pretensões que se realizem (*rectius*, produzem transformações no mundo dos fatos) dentro da mesma relação processual sem necessidade de outra relação processual futura, a classificação que toma por base o binômio cognição-execução é inadequada, já que não explica de maneira coerente nem as características nem a função que estas pretensões devem ocupar dentro do ordenamento jurídico. Além do mais, podemos acrescentar que esta classificação comete o equívoco, antes apontado, de considerar o conteúdo das pretensões e das sentenças como se cada uma delas tivesse somente uma eficácia.

Do que foi dito se conclui claramente que a classificação mais adequada às novas demandas de uma sociedade pós-moderna, cada vez mais preocupada com a efetividade de seus direitos, é aquela que parte da natureza híbrida das sentenças e adota, como critério mais seguro, a eficácia preponderante entre todas as demais eficácias contidas dentro da pretensão processual, independente do binômio cognição-execução. E isso deve ser assim, pois, como indica COMOGLIO, ao criticar as diversas classificações denominadas tradicionais, "*è ormai inevitabile la necessita di ricorrere ad altri parametri classificatori, i quali tengano conto dei possibili 'risultati' del processo, in rapporto a quelle 'forme di tutela', che rappresentano l'oggetto variabile' della 1domanda giurisdizionale*"[28].

2. Direitos potestativos

Como bem demonstrou CHIOVENDA, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: direitos a uma *prestação* e direitos *potestativos*[29]. Estes

[27] *Comentários ao código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. VIII, t. III, p. 36. Esta realidade pôde ser percebida no direito brasileiro com a aprovação da Lei 8.952, de 1994, que reformou o art. 461 do CPC, e trata das obrigações de fazer ou não fazer, bem como a Lei 10.444, de 2002, art. 461-A do CPC, que trata das obrigações para entrega de coisa. Seguindo a opinião de ZAVASCKI, a primeira ação era "tradicionalmente condenatória e sujeita, por isso mesmo, a posterior execução autônoma", porém, "a partir da reforma de 1994, assumiu, em grande número de casos, característica de típica ação executiva 'lato sensu' ou mandamental, conforme se verá, reunindo, em procedimento unificado, cognição e execução", *Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 13.

[28] *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*. In: Riv. Dir. Proc., 1993, nº 2, p. 489.

[29] *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Eugenio Jovene, 1960, v. I, nº 4, p. 12.

também são conhecidos como direitos formativos[30] e se diferenciam substancialmente daqueles que se dividem em direitos absolutos e relativos[31].

Entre as inúmeras definições de direito formativo destacamos o conceito precursor de CHIOVENDA para quem direito potestativo significa o "*poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente 'sujetas', de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido*"[32]. Ou como quer ZAFRA VALVERDE: "*el derecho potestativo supone la posibilidad subjetiva, en su titular, de producir, mediante una conducta propia, la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica"*[33]. Aqui o titular de direito tem, por sua própria vontade, o poder de produzir um efeito jurídico na esfera de outro, criando, modificando ou extinguindo uma situação jurídica. Tal efeito jurídico, para que se produza, não está condicionado ao comportamento do sujeito passivo, que deve simplesmente ser submisso, nem tão pouco pode ser impedido por sua oposição, de maneira que para alcançar o objeto de sua vontade o titular do direito potestativo não necessita exigir do obrigado um fazer ou não fazer. Com isso, uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de *sujeição* que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente ou até contra sua vontade. Como esclarece AGNELO AMORIM, "no máximo a pessoa que sofre a

[30] Sobre a teoria dos direitos potestativos consultar por todos CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 29 a 39 e também na obra, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 4, p. 13 e ss; SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Trad. Santiago Santís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ejea, 1964, p. 304 e ss, PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*, São Paulo: Obelisco, 1973; LEMOS FILHO, Flávio P. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, e AMORIM FILHO, Agnelo, *As ações constitutivas e os direitos potestativos*. In: Revista Forense, v. 216, p. 23 e ss, e também no artigo *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista dos Tribunais, edição histórica, dezembro de 2009, p. 474 e ss. Há autores, como VON THUR, que preferem utilizar o nome '*derechos secundarios*', *Derecho civil*. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons, 1998, §7, p. 164. Em minha opinião, esta expressão não é adequada porque não representa o conteúdo dos direitos potestativos, mas, simplesmente, se contrapõe à existência de uma relação jurídica primária que é anterior.

[31] Para identificar melhor as características de cada uma das espécies de direito consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 4.2.2.1 a 4.2.2.3, p. 58 a 62.

[32] *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 31.

[33] *Sentença constitutiva e sentença dispositiva*, Madrid: Rialp, 1962, p. 40. De igual modo, ENNECCERUS, L; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil*. Trad. Hans Carl Nipperdeg. Barcelona: Bosch, 1953, t. I, v. II, §222, p. 962; SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, ob. cit., p. 304 y 305; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §4, p. 40; VON THUR, *Derecho civil*, ob. cit., §7, p. 165 e LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155.

sujeição pode, em algumas hipóteses, se opor a que o ato seja realizado de determinada forma, mas nesse caso o titular do direito pode exercê-lo por outra forma"[34].

Existem diversas formas de exercício dos direitos potestativos. O autor que melhor as identificou foi AGNELO AMORIM, quando disse:

> *a*) em alguns casos o titular do direito potestativo só pode alcançar o objetivo (criação, modificação ou extinção da relação jurídica), por meio de uma ação constitutiva; *b*) outras vezes, o uso da ação é facultativo: dispensa-se quando o sujeito passivo concorda em que a criação, modificação ou extinção se faça por meio de ato jurídico extra-judicial e bilateral: *c*) há um terceiro grupo de direitos potestativos que são exercitáveis por meio de *exceções substanciais*; finalmente, aqueles direitos potestativos que não comportam, em hipótese alguma, exercício por via judicial[35.]

Dentro destas quatro categorias de exercício dos direitos potestativos, convém destacar três. Na hipótese (*a*), a ação, por determinação da lei, é obrigatória para o exercício do direito potestativo que não pode prosperar sem o uso daquela e a razão é simples, já que visa dar maior segurança para determinadas situações jurídicas que estendem seus reflexos na ordem jurídica, como soe acontecer no direito que qualquer dos cônjuges tem de invalidar os casamentos nulos ou anuláveis, bem como o direito que assiste ao pai de contestar a legitimidade do filho de sua mulher, etc. Na segunda hipótese (b), em não havendo concordância, o titular do direito potestativo pode utilizar a via judicial para exercitá-lo. Aqui a via judicial funciona subsidiariamente. São exemplos desta forma de exercício o direito que o condômino tem de dividir a coisa comum, o direito que tem o doador de revogar a doação, etc. Na terceira hipótese (d), o uso da via judicial para o exercício do direito potestativo se mostra totalmente dispensável, como ocorre no caso da aceitação da herança, da aceitação da oferta para dar vida a um contrato, revogação do mandato, etc.

Em conseqüência, nos direitos potestativos não existe pretensão, porque o titular do direito não necessita exigir do obrigado qualquer comportamento positivo ou

[34] *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, ob. cit., 475.
[35] *As ações constitutivas e os direitos potestativos*, ob. cit., p. 23.

negativo para obter a satisfação de seu direito, bastando para isso somente sua vontade[36]. Aqui estamos diante de um caso em que mesmo não havendo pretensão material haverá ação material, porque para que o efeito jurídico se produza o titular do direito deverá, por sua própria vontade, *agere*[37].

3. Sentença constitutiva

3.1. Conteúdo e direitos potestativos

As sentenças constitutivas[38] são aquelas que sem se limitar a simples declaração de uma relação jurídica, e sem estabelecer uma condenação ao cumprimento de uma obrigação, criam, modificam ou extinguem um estado jurídico[39]. O essencial neste tipo de sentença é, segundo CHIOVENDA, "*la produzione di uno stato giuridico che prima della sentenza non era*"[40].

[36] Assim ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 30; VON THUR, *Derecho civil*, ob. cit., §15, p. 250; ENNECCERUS, L; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil*, ob. cit., t. I, v. II, §222, p. 962; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 4, p. 11 y ss; LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e relação no direito*, ob. cit., p. 155; CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria da ações em Pontes de Miranda*, ob. cit., p. 73, nota 8; FREDIE DIDIER, *Sentença constitutiva e execução forçada*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. XLIX, nº1 e 2, p. 314 e 315; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §24, p. 115. Se bem que este último autor apresenta contradição em seu pensamento porque em uma passagem de seu livro sustenta que existe pretensão nos direitos potestativos, ob. cit., §5, p. 50.

[37] Neste sentido PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. I, §24, p. 115.

[38] Para aprofundar melhor o estudo das origens dessa sentença, consultar ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 89 e ss; CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., nº 13, p. 37 e ss, especialmente nota 118, p. 151 e ss; PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*, especialmente Cap IV e VII, p. 51 a 55 e 75 a 111. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A teoria das ações em Pontes de Miranda*, ob. cit., p. 72 e ss; e PRIETO-CASTRO, *Acciones y sentencias constitutivas*. In: Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, ob. cit., p. 126, nota 1.

[39] Para ZAFRA VALVERDE que escreveu um dos melhores estudos sobre o tema, a sentença constitutiva, por ele denominada '*constitución procesal sustancial'*, indica o "fenómeno de formalización o desformalización jurídica, relativo al orden de las situaciones jurídicas materiales, que, siendo directamente provocado por el acto de voluntad estatal contenido en una sentencia, da sustantividad independiente a una forma particular de la función procesal declarativa, por cuanto realiza plenamente un modo de la tutela jurisdiccional de intereses subjetivos", *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 79. No direito italiano esta modalidade de sentença está prevista no art. 2908 do Cód. Civ., segundo o qual: "'*Effetti costitutivi delle sentenze'. Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*".

[40] *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 53, p. 172. De igual modo, GUASP, para quem a característica destas pretensões consistem "en que lo que pide la parte al órgano jurisdiccional es que la declaración de voluntad de este último produzca un estado jurídico que antes no existía en la situación o conjunto de situaciones a que la pretensión se refiere", *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid: Aguilar, 1943, t. I, p. 344; PRIETO-CASTRO, quando afirma que através destas pretensões se

De forma idêntica as sentenças declaratórias, as constitutivas apresentam a peculiaridade fenomênica de consumir-se em si mesma, ou seja, se esgotam no mundo normativo do '*dever ser*'[41], não necessitando nenhuma outra decisão jurisdicional para realizar-se[42].

As sentenças constitutivas estão ligadas, como bem vimos, aos direitos potestativos[43], também denominados formativos, e significam o poder que o titular de um direito tem de produzir, mediante uma conduta própria, a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica. A característica essencial destes direitos está no

declara la existência dos pressupostos legais para que "se produzca la nueva situación jurídica predeterminada en ley", *Acciones y sentencias constitutivas*, ob. cit., p. 127; e também na obra *Derecho procesal civil*, Madrid: Tecnos, 1989, nº 70, p. 109; e STEFAN LEIBLE, ao dizer que as pretensões constitutivas (*Gestaltungsklagen*) "están dirigidas a la inmediata creación de una modificación jurídica" *Proceso civil alemán*. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medelín: Diké, 1999, p. 173. Desde uma perspectiva monista é possível afirmar como fez RAMOS MÉNDEZ, que "en las acciones constitutivas no existe ningún derecho material preexistente, pues precisamente lo que se pretende es la creación de un nuevo estado no existente. Esta crítica también se puede superar, puesto que incluso en las acciones constitutivas las teorías dualistas han tratado de identificar la preexistencia de un derecho a la modificación jurídica. Ni que decir tiene que, si se adopta una perspectiva monista, todas las sentencias son constitutivas, esto es, creadoras del derecho en cada caso", *Enjuiciamiento civil*, Barcelona: Bosch, 1997, t. I, nº 12.2.1, p. 230. Daí concluir o autor que "el significado de la sentencia en el ámbito del ordenamiento jurídico es siempre, en mi opinión, la creación del derecho, esto es, el clásico efecto constitutivo", *Enjuiciamiento civil*, ob. cit., t. I, nº 23.10, p. 477.

[41] Em sentido contrário W. GOLDSCHMIDT, quando afirma que "las acciones constitutivas, si bien reclaman, en primer lugar, una mera transformación en el sistema normativo – por ejemplo, disolución del vínculo matrimonial -, en último lugar tienden hacia análoga transformación del mundo material – por ejemplo, pago de alimentos, nuevo matrimonio, etcétera-. Las acciones declarativas parecen alejarse de nuestros ideales de controversias normativas. Pero inclusive en ellas se encuentra siempre en el fondo el deseo de una reforma del mundo material, hecho que plasma en el requisito de un «interés jurídico» para la fundabilidad de la acción y en la vetusta acción de jactancia de las Partidas, con su condena del jactancioso al «perpetuo silencio»", *Guerra, duelo y proceso*, ob. cit., p. 80. Esta postura do autor, por um lado, merece ser criticada e, por outro, elogiada. Merece censura na medida em que confunde as diversas cargas de eficácias existentes no conteúdo de uma sentença e é digna de elogio quando reconhece mais de uma carga de eficácia no mesmo conteúdo.

Para aprofundar melhor o estudo do mundo do ser e do dever-ser, vide por todos DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 36 e ss. Sobre este particular, merece destaque o estudo realizado por ENGISCH acerca do 'dualismo metódico' do ser e do dever-ser desde o prisma da concreção do direito, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968, cap. IV, nº 3, p. 203 e ss.

[42] De acordo com a opinião de PONTES DE MIRANDA: "A sentença só é constitutiva se a decisão do juiz é elemento do suporte fático do exercício do direito formativo", *Tratado das Ações*, ob. cit., t. III, nº 1, p. 10. De igual modo FREDIE DIDIER, porém com a ressalva de que, em verdade, "o que dispensa 'execução' é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma", *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315.

[43] Sobre este particular consultar por todos CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., nº 13, p. 37 e ss; e também na obra *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 52, p. 169. PONTES DE MIRANDA critica a vinculação indiscriminada que Chiovenda realiza entre sentenças constitutivas e direitos potestativos pois, de acordo com o autor, "não há direito formativo, dito potestativo, nas ações de nulidade, na de interdição e em muitas outras", *Tratado das Ações*, ob. cit., t. III, p. 4.

estado de sujeição que o exercício dele cria sobre outra pessoa, independentemente ou inclusive contra sua vontade, que não pode legalmente impedir a realização do direito e que certamente não se confunde com o contraditório.

Se o interessado puder obter a constituição de seu direito independentemente de uma sentença constitutiva, então não existe necessidade da intervenção estatal, e, portanto, não há interesse na tutela jurídica[44], bastando simplesmente sua declaração unilateral de vontade, como ocorre, por exemplo, nos títulos de crédito[45], ou na promessa de recompensa[46].

As pretensões constitutivas podem ser positivas, quando criam uma nova situação jurídica, *e.g.*, na servidão de passagem, na filiação; modificativas, quando trocam o estado jurídico existente, *v.g.*, na incapacidade; e negativas, quando cancelam ou deixam sem efeito um estado jurídico anterior, por exemplo, na resolução de contratos, dissoluções de sociedade, nulidade de matrimonio, etc[47].

A sentença só é constitutiva porque entre todas as eficácias possíveis compreendidas em seu conteúdo (a eficácia declarativa, da existência dos requisitos previstos na lei para que possa produzir-se a modificação jurídica; a mandamental, contida na ordem do juiz[48], *e.g.*, para a inscrição da separação dos cônjuges e dos bens no Registro Civil, art. 1.124 do CPC; a executiva, que permite a alteração de um estado jurídico através da execução não forçada; a condenatória, que se encontra na criação tanto do título executivo de condenação em custas, como na criação da via executiva para realizar este título); a eficácia *preponderante* ou em *maior grau* pretendida pela

[44] De igual modo, GOLDSCHMIDT, quando afirma que não existe "'necesidad de tutela jurídica' (...) cuando el interesado puede lograrla por sí mismo, es decir, cuando posee un derecho constitutivo de carácter privado", *Derecho procesal civil*. Trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Depalma, 1959, §15, p. 110 e 111, e CARLOS A. A. OLIVEIRA, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, ob. cit., nº 45, p. 167.

[45] No direito brasileiro esta possibilidade está prevista no art. 905 do Código Civil.

[46] Esta possibilidade está prevista no art. 854 do Código Civil.

[47] A este respecto, merece aprovação o exposto por GUASP, quando afirma: "Realmente la distinción entre los tres grupos señalados no puede llevarse a sus últimos límites; cuando se crea una situación jurídica inexistente se modifica o extingue a la vez una situación jurídica anterior y a la inversa; la sentencia que declara la prodigalidad de una persona supone el nacimiento de una nueva situación jurídica pero al mismo tiempo la extinción de una situación jurídica anterior", *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, ob. cit., t. I, p. 345, nota 2. Para aprofundar melhor no estudo dos casos particulares de sentenças constitutivas, consultar por todos, ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 247 e ss.

[48] A este respecto, o art. 755 da LEC española prevé que: "Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan".

parte é a *modificação jurídica de um estado jurídico*, criando assim, um estado jurídico novo que antes da sentença não existia. Por isso, esta forma de tutela jurisdicional é representada pelo verbo *decretar*, *resolver*, *rescindir*, *revogar*, *anular* ou outro similar[49].

Para concluir, convém destacar que toda sentença é intrínseca e objetivamente coercitiva[50], razão pela qual, em toda sentença constitutiva existe uma coação

[49] De igual modo, OVÍDIO B. DA SILVA, *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 465 e FREDIE DIDIER, para quem "é suficiente que o juiz diga 'anulo', 'rescindo', 'dissolvo', 'resolvo', para que as situações jurídicas desapareçam, se transformem ou surjam", *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315. Para CHIOVENDA, quando o juiz diz: "*resolvo, rescindo, revogo, anulo*, essas e outras frases não passam de simples frases representativas da eficácia que, 'por lei', tem a 'formulação' da vontade da lei", *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, nº 52, p. 197.

[50] A este respeito, merece aprovação o exposto por IHERING, quando o mesmo diz que: "La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa", *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1978, v. I, nº 145, p. 159 e 160. O autor, de maneira correta, se refere à coação e não à sanção, porque a sanção não é um conceito exclusivamente jurídico, enquanto que a coação além de ser um conceito jurídico é também um elemento indispensável para a criação dos direitos subjetivos mediatos (consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit.,, nº 3.3, p. 49 a 51). De igual modo, KELSEN, para quem: "El orden estatal se diferencia, ante todo, de los demás órdenes sociales, en que es 'coactivo'", *Compendio esquemático de una teoría general del estado*. Trad. Luís Recaséns Siches e Justino de Azcárate Flores. Barcelona: Nuñez y Comp. S. en C., 1927, nº 11, p. 40, vale dizer, "el derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción", *Teoría pura del derecho*, Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: EUDEBA, 1973, cap. III, nº 3, letra 'c', p. 74. Para KELSEN, "la característica esencial del derecho como un orden coercitivo consiste en establecer un monopolio de la fuerza común", *La paz por medio del derecho*. Trad. Luis Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 28. Daí que para ele, "el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener", *Teoría pura del derecho*, ob. cit.,cap. III, nº 3, letra 'b', p. 74. E o Estado moderno é o modo mais perfeito para garantir a ordem social, exatamente porque "su perfección se debe a la centralización del empleo de la fuerza", *La paz por medio del derecho*, ob. cit., p. 29. Sem lugar para dúvidas, um dos primeiros autores que vinculou o direito à força, à coação foi KANT, (o primeiro foi Christian Thomasius, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Trad. Salvador Rus Rufino e Maria Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994, L. I, cap. V, §XXI, p. 216) quando disse: "Si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho (unrecht)), entonces la coacción que se le opone, en tanto que 'obstáculo' frente a 'lo que obstaculiza la libertad', concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, conforme al derecho (recht): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción", *La metafísica de las costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1993, p. 40 e 41 (na edição do original alemão [VI, 231]). Por isso o autor afirma que "derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa", *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 42 (na edição do original alemão [VI, 232]). Nesta ordem de idéias, MANDRIOLI, quando afirma que: "La tutela giurisdizionale, nelle sue forme concrete poste dall'ordinamento giuridico, è il mezzo per la realizzazione delle sanzioni, ma è mezzo – fuori dei casi di legittima autotutela – esclusivo e concretamente limitado", *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 27, p. 187. De acordo com MANDRIOLI, a teoría de Chiovenda também poderia ser interpretada neste sentido, na medida em que "la attuazione effettiva della volontà della legge implica già, 'in quanto avviene in via giurisdizionale', la caratteristica di realizzarsi indipendentemente dalla volontà della persona che la subisce, ossia mediante coazione (in senso ampio)", *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 563. E o autor tem razão na medida em que o próprio CHIOVENDA afirma literalmente que "Con esto

potencial[51], *v.g.*, a pretensão que constitui uma servidão de passagem[52]. Aqui, a sentença exerce uma pressão psíquica sobre a vontade do obrigado, através da modificação do

---

la declaración de certeza ha adquirido una importancia por sí propria; es ella misma actuación de derecho, en cuanto, por obra de un órgano público, la voluntad colectiva es, no concretada, como suele decirse inexactamente, sino expresada como voluntad concreta: y en cuanto tal, la misma ejercita ya por sí un grado más o menos grande de coacción sobre el ánimo del obligado, tanto que a menudo el mismo basta para determinar el cumplimiento", *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 54 e 55, nota7. Para entender melhor estas idéias consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit., nº 3.2, p. 39 a 49.

A respeito da força, convém destacar, de acordo com ROUSSEAU, que "el más fuerte no es, sin embargo, lo bastante para ser siempre el amo, si no convierte su fuerza en derecho y la obediencia en deber", *El contrato social*. Trad. María José Villaverde. Madrid: Tecnos, 2000, L. I, cap. III, p. 7.

[51] A coação pode ser *atual* (*exercida*) ou *potencial* (*virtual*). Existirá coação *atual* ou *exercida* quando a sentença produza uma pressão física direta sobre a vontade do obrigado de maneira concreta e real, modificando, segundo PEKELIS, "forzatamente uno stato di fatto", *Il diritto come volontà costante*, Padova: Cedam, 1930, p. 109, como por exemplo, as sentenças nas ações possessórias de manutenção e reintegração de posse. Ao contrário, existirá coação *potencial* ou *virtual* quando a sentença exerça uma pressão psíquica sobre a vontade do obrigado de forma condicional, ou seja, é "la 'posibilidad jurídica de la coacción' en potencia, no en acto", nas palavras de DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, Trad. Luís Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1969, p. 359, e ocorre, *e. g.*, nas sentenças condenatórias no civil. De igual modo W. GOLDSCHMIDT, quando afirma que nas sentenças judicias, a diferença das arbitrais, "no sólo disponen de coacción psíquica, sino también, y directamente, de coacción física", *Guerra, duelo y proceso*, ob. cit., p. 93. Com base nisso é que HENKEL afirma corretamente que: "Como la forma de actuación del Derecho no consiste en aplicar continuamente la coerción actual, el momento coercitivo que se pone en relación con el Derecho ha de ser entendido, por regla general, como coerción potencial; y ésta, a su vez, no como coerción fácticamente posible, sino como 'coerción jurídicamente posible'", *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968, §12, p. 163. O direito está intimamente ligado à coação, seja física ou psíquica, posto que, segundo LOPEZ DE OÑATE, "il diritto non solo si serve della forza per farsi rispettare, ma organizza e prevede tale uso della forza", *Compendio di filosofía del diritto*. Milano: Giuffrè, 1955, §42, p. 181. No mesmo sentido, admitindo como característica do ordenamento jurídico tanto a coação atual como a potencial, KANT, quando afirma: "sólo puede llamarse derecho 'estricto' (restringido) al derecho completamente externo. (...) que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales", *La metafísica de las costumbres*, ob. cit., p. 41 (na edição do original alemão [VI, 232]); CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma: Foro Italiano, 1951, nº 13, p. 32 e 33; DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 359; MIGUEL REALE, porém afirmando que o direito é "'lógicamente coercível', por haver possibilidade ou compatibilidade de execução forçada, e não 'jurídicamente coercível' como se expressa Del Vecchio", *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, nº 241, p. 600; HART, quando afirma: "dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia", *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, cap. II, p. 32; LOPEZ DE OÑATE, ao dizer: "essa non vuol dire che il diritto si attua 'sempre' per mezzo della coazione, ma semplicemente che è insita al diritto la possibilità di coazione, ossia che il diritto è coercibile", *Compendio di filosofía del diritto*, ob. cit., §42, p. 185; CASTANHEIRA NEVES, que adota as posições dos autores anteriores quando a norma jurídica não exige uma sanção concreta, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Coimbra, 1976, p. 22, nota 22; BONSIGNORI, quando afirma que na execução forçosa "la coerzione non significa esclusivamente impiego di forza materiale, ma attività di organi giurisdizionali contro un privato obbligato, per procacciare al credor un bene a lui dovuto", *Esecuzione forzata in genere*. In: *Estratto dal Digesto*. Torino: Utet, 1992, v. VII, p. 8; e, em certo sentido, BOBBIO, que caracteriza o ordenamento jurídico tanto pela existência de sanções negativas como pela existência das sanções positivas, *Contribución a la teoría del derecho*, Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 383 e ss.

estado jurídico anterior, não lhe permitindo que se oponha a passagem do demandante. Nas sentenças constitutivas, a *coação potencial* consiste na *imposição de um estado jurídico novo a quem deve suportá-lo*. Melhor dito, através desta sentença se produz a modificação jurídica de um estado jurídico, onde se cria um estado novo a favor do demandante que antes da sentença não existia, daí que esta exerça uma *pressão psicológica potencial* quebrando assim a vontade do demandado no sentido de impor-lhe esta modificação jurídica[53]. A própria sentença contém em si a alternativa de uma eleição com a exclusão de outras eleições potencialmente possíveis por parte do obrigado, consequentemente o querer volitivo do obrigado, para a realização do direito subjetivo mediato é um elemento a ser desconsiderado.

3.2. Sentença constitutiva e sentença declaratória

Em sentido contrário, admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação atual, KELSEN, quando afirma: "En este sentido, el término coerción no debe confundirse con la coerción en el sentido psicológico de la palabra, es decir, con el hecho de que la idea que los hombres tienen del Derecho es un motivo suficiente o efectivo para obligarlos a comportarse de acuerdo con la ley. En lo que se refiere a esta coerción, el Derecho no difiere de otros órdenes sociales. El orden moral también puede y, en verdad, ejerce coerción en el sentido psicológico de la palabra sobre aquellos cuyo comportamiento regula", *Introducción a la teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 22; e também na obra *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, ob. cit., cap. III, nº 3, p. 62; PEKELIS, ao dizer que, "solo quella detta 'fisica' è veramente coazione; ne occorre aggiungervi alcun aggettivo. L'altra, la 'coazione' psichica non è veramente coazione: l'aggettivo 'psichico' basta per dimostrarlo", por isso o autor utiliza a palavra "'coazione' solo in un senso proprio; nel senso di un'azione che modifica forzatamente uno stato di fatto. In quanto alle azioni che agendo sulla psiche umana la possono indurre mediante un calcolo di convenienza a determinati atti, le indicheremo col termine 'sanzione'", *Il diritto come volontà costante*, ob. cit., §20, p. 109 e 110; e DABIN, para quem "o la regla está sancionada por la coacción, o no lo está. 'Tertium non datur'. Sólo la coerción efectiva da la respuesta. La <tendencia a la coerción> deja la regla sin coacción, y desde ese momento, y frente a la regla sancionada por la coacción, no es más que una regla de otra especie o, al menos, una regla jurídica imperfecta", *Teoría general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Madrid: Revista de Derecho Privado.1955, nº 32, p. 54. Para o autor, a justificação de tal solução é evidente: "se busca defender, de este modo, el concepto de un derecho 'natural' diferente de la regla moral, que se caracterizaría por la simple exigibilidad, independientemente de la intervención de la regla positiva", *Teoría general del derecho*, ob. cit., nº 32, p. 54.

Também em sentido contrário, porém admitindo como característica do ordenamento jurídico só a coação, por nós, denominada 'potencial', DUGUIT, quando afirma: "Or il n'y a pas de puissance au monde qui puisse contraindre directement une volonté à vouloir ou à ne pas vouloir une certaine chose. Donc, en réalité, il n'y a jamais de force contraignante susceptible d'assurer directement l'application de la loi", *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Anciennes Maison Thorin, 1923, t. II, §19, p. 205.

[52] Também podemos citar o exemplo bastante frequente trazido por ZAFRA VALVERDE em que "el Juez anula un contrato en la sentencia, actuando una pretensión impugnatoria, por estimar alguna de las causas que provocan la ineficacia relativa de los negocios jurídicos, el demandado se ve afectado por la sentencia en el sentido de perder los derechos que del contrato nacieron a su favor", *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 75.

[53] De igual modo, ZAFRA VALVERDE, quando afirma que: "Con la satisfacción positiva de la pretensión de constitución jurídica, el demandado vencido queda sometido a la ineludibilidad de la creación, la modificación o la extinción de una forma jurídica que le afecta. La realidad jurídica que se le impone es esa transformación operada en el mundo del Derecho, cuya existencia es actual y automática, efecto inmediato de la sentencia", *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 75.

Toda sentença constitutiva possui uma eficácia declarativa que consiste na declaração da existência dos requisitos previstos na lei para que se possa produzir a modificação jurídica, e, a partir desta declaração, que é obrigatória, a eficácia constitutiva produz um *quid novi*, uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia.[54] Daí que a eficácia constitutiva seja uma *quid novi* em relação à eficácia declaratória, e com ela não se confunde, pois, enquanto que as sentenças meramente declaratórias têm por objetivo a eliminação de uma incerteza jurídica através da declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, a constitutiva se vale da declaração como causa anterior e necessária para produzir, como objetivo, a mudança jurídica.[55] Em conseqüência, a eficácia declaratória nas sentenças de mera declaração é o fim desejado pelo demandante para eliminar uma incerteza, enquanto que nas sentenças constitutivas é o meio, a causa necessária para que o demandante possa alcançar o fim desejado, que é a modificação jurídica[56]. Além disso, como indica L. MAZEUAD "*lê jugement déclaratif se borne à reconnaître l'existence d'un droit antérieur*", enquanto que "*le jugement constitutif crée au contraire un droit*"[57]. Por isso, os efeitos daquele '*jugement*' são *ex tunc*, e os destes são, habitualmente, *ex nunc*, podendo excepcionalmente produzir efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos[58].

[54] Nesta ordem de idéias, L. MAZEAUD, para quem: "Sans doute le jugement constitutif, en même temps qu'il crée des droits, reconnaît-il des droits préexistants; mais ceux-ci ne servent que de motifs à la création des droits nouveaux", *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929, p. 21; PONTES DE MIRANDA, quando afirma que: "Tôda sentença constitutiva declara, porque não se poderia conceber que a prestação jurisdicional pudesse consistir em modificar o mundo jurídico sem partir do conhecimento dêsse e da afirmação de existir a relação jurídica correspondente ao direito à constituição positiva, modificativa ou extintiva", *Tratado das ações*, ob. cit., t. II, §29, p. 143; e J. GOLDSCHMIDT, ao dizer que toda sentença constitutiva contém "una declaración de existir el derecho a la acción constitutiva (derecho a exigir la constitución judicial de una situación jurídica)", *Derecho procesal civil*, ob. cit., §15, p. 111, entre tantos outros autores.

[55] De igual modo, CARNELUTTI, para quem "existe jurisdicción de declaración constitutiva cuando la 'existencia de la situación jurídica declarada judicialmente depende de la declaración judicial', la cual 'es, por lo tanto, un hecho constitutivo de la misma", *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, v. I, nº 33, p. 55.

[56] Em termos similares, CHIOVENDA, quando afirma que a "sentenza d'accertamento accerta una volontà di legge preesistente e non le tiene dietro altro effetto che la cessazione dell'incertezza del diritto", enquanto que "la sentenza costitutiva accerta una preesistente volontà di legge che tende al mutamento d'un'altra volontà di legge, e le tiene dietro 'questo mutamento stesso'", *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 52, p. 171.

[57] *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 23. Analogamente HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève: LÚniversité Georg et Cie S.A, 1981, § 53, p. 333.

[58] Como toda sentença constitutiva cria, modifica ou extingue um estado jurídico, é normal que seus efeitos comecem a contar a partir da firmeza da criação, modificação ou extinção deste estado jurídico (*ex nunc*), pois o novo estado jurídico não deve existir até que seja criado, modificado ou extinto pela

Deste modo, ao analisar a sentença constitutiva encontramos dois elementos: a eficácia declarativa e a constitutiva. O primeiro consiste na declaração de existência dos requisitos previstos na lei para que se possa produzir a modificação jurídica, e o segundo, refere-se à produção de uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia.

3.3. Sentença constitutiva e sentença condenatória

A sentença constitutiva também se diferencia da sentença condenatória[59]. A característica essencial desta última não é propriamente a criação do título executivo,

sentença. Contudo, existem algumas exceções em que os efeitos da sentença constitutiva retrotraem (*ex tunc*) em três momentos distintos: a) ao momento da origem do fato extraprocessual; b) ao momento da sentença não definitiva; e c) ao momento da demanda. Seguindo a opinião de CHIOVENDA, estes três momentos são: "a) talvolta fino al 'momento della pronuncia' non definitiva (sentenza d'interdizione, art. 328, cod. civ., e analogamente, secondo alcuni, la sentenza d'inabilitazione); b) talora fino al 'momento della domanda giudiziale' (ad esempio, per la separazioni dei beni fra i coniugi, cod. civ., art. 1420 e 1442; per l'espropriazione, a favore degli artefici, dell azione dell'imprenditore verso il committente, cod. civ., art. 1645; per lo scioglimento della società nel caso dell'art. 99 cod. comm.); c) talora fino al 'momento della nascita dello stato giuridico' che ora viene a cessare (ad es., per la cessazione della qualità d'erede per indegnità, cod. civ., art. 727 e 933; per l'annullamento degli atti giuridici)", *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 53, p. 172; e também na obra *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., nº 13, p. 37. Nesta ordem de idéias, PRIETRO-CASTRO, que descreve estes três momentos como: "el de la originación del hecho extraprocesal, el de la demanda (¿interposición o admisión?) y el de la sentencia no definitiva. Así, por ejemplo, el de la sentencia que pronuncia la indignidad para suceder se retrotrae a los hechos (art. 760 Código civil); el de la que pronuncia la prodigalidad, a la demanda (art. 226 Cód. civ.), y en la de alimentos (si se la estima como consecutiva), para lo que se refiere a la percepción de ellos, es decisivo el momento de la interposición de la demanda (art. 148, I, Cód. civ.), y por lo atañente a los derechos adquiridos, se refieren a la sentencia no definitiva (art. 148, II, Cód. civ., y 1617 L. e. c.). En cada caso habrá que atenerse a lo que la ley disponga, y ante su silencio, a la teoría general expuesta", *Acciones y sentencias constitutivas*, ob. cit., p. 134, nota 14, e CARLOS A. A. OLIVEIRA, que acertamente aponta que o efeito pode ser excepcionalmente: "1) desde a concessão de alguma medida antecipatória ou cautelar (*v.g.*, os efeitos da separação judicial se produzem desde a data da decisão concessiva da separação de corpos, Lei nº 6.515, de 26.12.1977, art. 8º, 2ª parte); 2) desde a prolação da sentença (*v.g.*, sentença de interdição, art. 1.184 do CPC); 3) desde o trânsito em julgado (*v.g.*, sentença que julgar a separação judicial, se não tiver sido concedida antes a separação de corpos, Lei 6.515, de 26.12.1977, art. 8º, 1ª parte); 4) desde a celebração do negócio jurídico nulo ou anulável (Código Civil, art. 182, antes art. 158 do Código Civil de 1916)", *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, ob. cit., nº 45, p. 168. Com razão HABSCHEID indica que: "La question effet <ex tunc> ou effet <ex nunc> trouve sa réponse dans le droit matériel", *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 333.

[59] Sobre este particular, existe uma tese muito sugestiva que cada vez mais tem o meu apreço. É a tese bastante conhecida de L. MAZEAUD, segundo a qual só existem dois tipos de decisões judiciais:: "Le jugement, par lequel un tribunal, tranchant un différend, reconnaîtra l'existence d'un droit antérieur contesté, sera déclaratif de droit. Le jugement, par lequel un tribunal attribuera des droits nouveaux, sera constitutif de droits", *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 17. Daí que "si le juge se contentait d'affirmer l'existence du droit contesté, le but poursuivi par le demandeur ne serait pas rempli. Ce que veut le demandeur, c'est contraindre son débiteur à l'exécution. Aussi le juge va-t-il user de la puissance publique, qui lui est conférée par la loi, même dans son rôle d'arbitre; le jugement déclaratif crée un droit qui n'existait pas auparavant, le droit à l'exécution

forcée; par là le jugement déclaratif est en même temps constitutif de ce droit". E também "le jugement déclaratif donne en outre au créancier une garantie nouvelle, l'hypothèque judiciaire; il est donc par là encore constitutif: il crée une hypothèque", *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 19. Por isso, "le jugement déclaratif, qui crée le droit à l'exécution forcée et qui crée des garanties, n'en reste pas moins essentiellement déclaratif, car ces droits créés ne sont que les accessoires du droit préexistant reconnu; ils n'ont pour but que de permettre à ce droit préexistant de produire ses effets", *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 21.

Esta tese foi adotada e melhor desenvolvida por CALAMANDREI. De acordo com a opinião do autor, "la caratteristica della sentenza di condanna è trovata non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa 'prepara'", daí a "necessaria correlazione che passa tra la sentenza di condanna e la esecuzione forzata". Para o autor, a situação do condenado "prima della condanna, non è altro che un 'obbligato': cioè il soggetto passivo di un rapporto giuridico sostanziale, vincolato, in forza di questo, a tenere 'volontariamente' un certo comportamento", vale dizer, a realização da obrigação depende da sua vontade. "Ma, dopo la condanna, la volontà del debitore, sulla quale finora il diritto sostanziale faceva affidamento per ottenere l'adempimento dell'obbligato, si trasforma, da soggetto attivo di volontà, in oggetto passivo di una volontà altrui. In questa 'trasformazione dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più', mi pare che consista la caratteristica essenziale della condanna, comune alla condanna civile ed a quella penale. (...) La 'trasformazione dell'obbligo in soggezione', questa mi pare che sia veramente la funzione specifica della condanna". Com base nisso é que o autor conclui sua exposição afirmando que "la funzione della sentenza di condanna sia quella di 'costituire quello stato di soggezione', in forza del quale il condannato è posto alla mercè degli organi esecutivi, e costretto a subire passivamente la esecuzione forzata come un male inevitabile. In questo senso si può dire veramente che la sentenza di condanna ha natura costitutiva'", *La condanna*. In: Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972, v. V, p. 491 e 492 (este artigo também está publicado nos '*Estudios sobre el Proceso Civil*'. Trad. Santiago Sentís melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 551 e ss).

Também adota esta tese, MONTESANO, quando diz: "Sicché l'azione esecutiva è non solo accertata, ma anche costituita dalla condanna", *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli: Jovene, 1965, § 8, p. 26. Para o autor, "la condanna è preordinata a far conseguire all'avente diritto il resultato della prestazione non compiuta, ed impone, perciò, di riferire l'efficacia (processualmente costitutiva) della condanna non ad una dichiarazione di volontà del giudice nè ad una sfera estranea a quella della condanna stessa nella sua specifica natura di atto giurisdizionale, ma, insieme, alla funzione che l'ordenamento assegna alla tutela in esame ed alla qualità dichiarativa propria della tutela medesima", *Condanna civile e tutela esecutiva*, ob. cit., § 8, p. 28. Deste modo, o autor conclui sua idéia afirmando que de acordo com o ordenamento em vigor, "la sanzione esecutiva è, appunto, applicata dalla condanna: applicazione che, avvenendo, come pure s'è visto, in via di accertamento (processualmente) costitutivo, non è perfezionata se non col giudicato, giacché a questo inerisce, o da questo è necessariamente sorretto (lo si è già accennato) l'accertamento, che è il risultato proprio della funzione giurisdizionale cognitiva", *Condanna civile e tutela esecutiva*, ob. cit., § 9, p. 35. No mesmo sentido, SATTA, *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*. In: Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti. Padova: Cedam, 1950, v. II, p. 9. Para conhecer a posição do autor, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La sentencia ejecutiva como garantia constitucional del princípio de la efetividad*. In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, nº 2.4.

Um dos opositores desta tese é ZAFRA VALVERDE, para quem: "El concepto riguroso de la sentencia constitutiva ha de quedar delimitado en el sentido de que el fenómeno de formalización o desformalización jurídica de la sentencia se refiere a una situación jurídica de naturaleza material (no procesal, como la de la acción ejecutiva, ni jurídico-constitucional, como la de la potestad abstracta de acción procesal) y es el objeto directo y exclusivo del interés del demandante al dirigirse al Organo jurisdiccional (cosa que no sucede en los casos de condena, en los cuales lo que el demandante persigue directamente es la efectividad de un derecho subjetivo material conculcado)", *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 79.

senão a criação da via executiva, ou seja, confere ao titular do direito uma nova pretensão: a executiva[60]. Deste modo, na sentença condenatória o juiz não pode realizar o direito do demandante na mesma fase processual porque depende de uma nova fase processual, iniciada obrigatoriamente por um *requerimento* realizado pelo credor, para produzir as devidas alterações no mundo dos fatos, segundo art. 475-J do CPC, enquanto que na sentença constitutiva o juiz realiza a modificação da situação jurídica na mesma relação processual, já que esta não exige uma alteração no mundo dos fatos, senão somente uma alteração no mundo normativo do '*dever ser*'[61.] Por isso é que as sentenças condenatórias para que produzam uma alteração no mundo dos fatos devam ser realizadas através da execução forçada, enquanto que as constitutivas, ao produzir uma alteração no mundo normativo, são satisfeitas através da execução denominada não forçada[62.] Além do mais, também podemos acrescentar que as sentenças condenatórias têm por base direitos à prestação – *oportere* - por parte de uma pessoa, enquanto que as constitutivas um direito potestativo[63.]

3.4. Execução e sentença constitutiva

[60] Para analisar com mais profundidade a essência da sentença condenatória, consultar DARCI G. RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, ob. cit.,, nº 9.5.3.1.3, p. 182 a 186.

[61] Se orienta neste sentido, CALAMANDREI, ao afirmar que "mentre la sentenza costitutiva assoggetta a effetti giuridici 'immediati', che la stessa sentenza determina 'ed attua', la sentenza di condanna assoggetta a effetti giuridici 'differiti', che la stessa sentenza determina, ma che altri organi (esecutivi) 'attueranno in un momento successivo", *La condanna*, ob. cit., p. 494; MANDRIOLI, quando indica que "mentre con la condanna il giudice non può che rimandare l'attuazione effetiva del diritto ad un'attività tutelatrice ulterior, da compiersi – in quanto destinata ad operare nel mondo materiale – dall'organo esecutivo, nel caso della sentenza costitutiva, l'ulteriore attuazione del diritto accertato può compiersi subito e direttamente dal giudice, dal momento che per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l'organo giurisdizionale è senz'altro onnipotente", *Corso di diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, 2000, v. I, § 15, p. 54; e CELSO NEVES, quando diz: "A partir daí, se a sentença foi de acolhimento, o juiz 'anula' o ato ou negócio jurídico. 'Executa', portanto, a modificação propiciada pela 'declaração', mediante uma atividade de natureza inteiramente diversa da precedente, de caráter eminentemente prático e satisfativo. (...) A 'execução' constitui, pois, atividade que, ou 'é interior ao processo de declaração', ou é 'exterior' a ele, 'ex intervallo' e, neste caso, 'complementar' de atividade executória nele já ocorrida", *Estrutura fundamental do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 34 e 36. Para este autor, "em ambas as hipóteses (de execução), a atuação do órgão do Poder Judiciário não é jurisdicional, mas 'jurissatisfativa", *Estrutura fundamental do processo civil*, ob. cit., p. 36 e 37. Em igual sentido, MONTERO AROCA, quando trata da execução afirmando que: "En las constitutivas la sentencia produce por si misma el cambio jurídico y no precisa de actividad posterior", *Derecho jurisdiccional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, t. II, Lição 51, p. 452.

[62] Assim, ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*. In: Nuovo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1938, t. V, p. 505 e 506; e MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 121, p. 619.

[63] Em termos similares, CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 153, nota 118; ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., t. V, p. 505 e 506; e DENTI, *La giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1989, cap. IV, nº 7, p. 125.

Para sabermos se a sentença constitutiva possui atividade executiva é necessário, antes de tudo, delinearmos o conceito de execução. Inegavelmente a doutrina aponta duas concepções de execução: uma ampla e outra estrita. A concepção de execução em sentido *lato* ou ampla infelizmente não goza de muitos adeptos, ao contrário da concepção em sentido *stricto* ou estrita que acolhe a maioria dos autores.

Em sentido estrito, a execução é concebida como toda aquela atividade que produz uma alteração no mundo dos fatos, ou como quer CALAMANDREI, "la actividad de ejecución forzada, traduce este mandato em modificaciones prácticas del mundo exterior"[64], sendo denominada de execução forçada.

Em sentido amplo, a execução é entendida como toda aquela atividade que produz uma alteração tanto no mundo dos fatos (conceito *stricto* ou execução denominada forçada), como no mundo jurídico (conceito *lato* ou execução denominada não forçada)[65].

Toda sentença constitutiva produz inegavelmente um estado jurídico novo que antes dela não havia, mas o que significa produzir uma nova situação jurídica que antes da sentença não existia? Para que a mudança jurídica ocorra é necessária uma atividade judicial maior que a simples cognição, é necessária uma atividade *executiva*, que, de acordo com CALAMANDREI, "*no consiste en una actividad material que tenga existencia real en el mundo de los sentidos, sino en una actividad meramente jurídica que existe solamente en el mundo del derecho*".[66] E isso é assim porque a declaração petitória do demandante (*rectius*, o bem da vida querido pelo demandante) consiste exatamente em querer produzir uma mudança simplesmente jurídica e não fática[67], logo, esta mudança não produz uma satisfação fática, senão uma satisfação jurídica com a mudança no estado jurídico querido pelo autor. Por essa razão podemos facilmente

[64] *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1986, v. I, §20, p. 167.
[65] A denominação execução *non forzosa*, no sentido limitado de execução '*dei mezzi istruttori*', foi criada por CHIOVENDA, quando disse que existe uma execução que "*non è 'forzata', ma spontanea*", *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 85, p. 245. Porém, sem lugar a dúvidas, foi ALLORIO quem melhor desenvolveu esta teoria em um sentido inovador e totalmente distinto de Chiovenda, como a seguir veremos.
[66] *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*. In: Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 35.
[67] De acordo com a opinião de CHIOVENDA, o " 'bene' può essere la modificazione dello stato giuridico esistente, quando si abbia interesse a toglier di mezzo un rapporto giuridico o a costituirne uno nuovo", *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 4, p. 8.

conceber que a finalidade da atividade executiva é produzir uma alteração tanto no mundo dos fatos (conceito *stricto* ou execução denominada forçosa), como no mundo jurídico (conceito *lato* ou execução denominada não forçosa).

A este respeito merece aprovação o exposto por ALLORIO quando o mesmo afirma que: "la sentenza costitutiva, mentre è atto d'accertamento, in quanto accerta il diritto potestativo, è atto d'esecuzione, in quanto l'attua (e, si noti, lo consuma)"[68]. De acordo com a acertada opinião do autor, a sentença constitutiva se realiza através da execução *non forzosa* que se diferencia da execução forçada tanto no aspecto funcional como no aspecto estrutural, pois: "sotto l'aspetto funzionale: l'esecuzione forzata è preordinata ad attuare diritti d'obbligazione – di specie o di genere – l'esecuzione non forzata ad attuare diritti potestativi. Dal punto di vista strutturale, la distinzione dell'esecuzione forzata dalla non forzata consiste in ciò che, nella prima e non nella seconda, non tanto 'si ha sempre', quanto 'può sempre aversi' impiego di forza (ossia: compimento d'atti materiali, oltre che emissione di provvedimenti)"[69].

Desse modo, não podemos confundir a execução que realiza os direitos no mundo dos fatos, e que geralmente é levada a cabo em uma fase processual sucessiva e distinta, com a execução que realiza os direitos no mundo jurídico, é e levada a cabo na mesma relação processual. Tanto é assim que CALAMANDREI utiliza a parte dispositiva de uma sentença constitutiva para demonstrar esta duplicidade de função: "*afirmo existente el derecho de la parte a obtener la anulación del contrato (declaración), y por conseguinte, anulo (ejecución)*".[70] A mudança criada pela sentença

[68] *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505. Esta teoria é aceita, entre outros, por MANDRIOLI, quando afirma que: "Sembra anche a me che il riferimento al 'posibile uso della forza' valga a distinguere in modo adeguato le forme propriamente forzate dell'ezecuzione", *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 562.

[69] *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505 e 506. Esta teoria é aceita, entre outros, por MANDRIOLI, quando afirma que: "Sembra anche a me che il riferimento al 'posibile uso della forza' valga a distinguere in modo adeguato le forme propriamente forzate dell'ezecuzione", *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 562.

[70] *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 36. Para CALAMANDREI, "la sentencia constitutiva, según esto, acumularía en sí una actividad perteneciente al proceso de cognición (declaración de la existencia de un derecho al cambio jurídico) con una actividad perteneciente al proceso de ejecución (actuación forzada de este derecho)", *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 36. Porém, o autor conclui dizendo que "en el primer momento el juez realiza una actividad jurisdiccional; en el segundo momento el juez realiza una actividad administrativa", *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 38. Esta conclusão do autor deve ser atribuída ao seu conceito de jurisdição, pois segundo o professor florentino, a função jurisdicional consiste na "función mediante la cual un órgano del Estado sustituye la propia actividad a la actividad ajena al actuar concretas voluntades de ley ya nacidas antes del proceso, las cuales no se dirigen a ese órgano sino a los sujetos de la relación jurídica sometida a decisión", *Límites entre jurisdicción y*

constitutiva realiza o direito do autor na medida em que produz uma nova situação jurídica, modificando juridicamente uma situação jurídica anterior[71].

Por análogas considerações me parece acertada a opinião de MANDRIOLI que se baseia fundamentalmente no fato de que na sentença constitutiva existe a *imposição de uma sanção modificativa*, isto é, "le particolari caratteristiche dell'attività realizzatrice della sanzione a mezzo di modificazione giuridica, ossia a mezzo di esecuzione non forzata, suggeriscono al legislatore l'opportunità che essa sia affidata non all'organo dell'attività materiale, ma all'organo dell'attività propriamente giuridica, che è il medesimo organo dell'accertamento, nulla impedisce piú che all'unità finale corrisponda l'unità formale"[72]. Outro não é o entendimento de HABSCHEID, para quem a sentença constitutiva "une fois entré en force de chose jugée, un tel jugement n'a plus besoin d'aucune intervention de l'autorité publique pour être exécuté: il porte en quelque sorte son exécution en lui-même"[73].

A sentença constitutiva também pode produzir efeitos anexos ou secundários, pois, de acordo com a acertada opinião de FREDIE DIDIER, "a efetivação de um direito potestativo pode *gerar* um direito a uma prestação. A situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser exatamente um direito a uma prestação (de fazer, não-fazer ou dar)"[74]. E os exemplos são vários: a decisão que

---

administración en la sentencia civil, ob. cit., p. 22. Vale dizer, a função jurisdicional compõe-se de dois caracteres: é uma atividade 'secundária' e tem natureza 'declarativa'. Daí que a sentença constitutiva, em sua atividade executiva, não seja jurisdicional, pois, de acordo com o autor, "se tiene, precisamente, por definición en aquellos casos en que la ley quiere que el cambio jurídico pueda ocurrir solamente 'jussu judicis': de modo que no se pueda hablar nunca de sustitución", *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 37. Para uma crítica sobre a postura do autor no que se refere ao caráter não jurisdicional desta segunda fase da sentença constitutiva, consultar por todos as acertadas considerações desenvolvidas por ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 180 e ss.

[71] No mesmo sentido, entendendo que a sentença constitutiva compõe-se dos elementos declarativo e executivo, ALLORIO, *Esecuzione forzata in genere*, ob. cit., p. 505 e 506; CALAMANDREI, *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*, ob. cit., p. 34 e ss; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 109, p. 522 e ss, HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 331; entre outros, como HELLWIG e RASELLI, *apud* ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, ob. cit., p. 186 e ss.

[72] *L'azione esecutiva*, ob. cit., nº 121, p. 618 e 619. Convém esclarecer que o autor adota o conceito de sanção descrito por MINOLI, segundo o qual "la 'sanzione' non, rigorosamente, come reazione all'illecito vero e proprio, imputabile ad una persona determinata, ma come reazione ad una situazione di fatto antigiuridica, che il diritto intende sia rimossa (almeno, ove ricorrano certi presupposti: ad es. la domanda di un interessato) anche se non è imputabile a titolo di 'illecito', a nessuno (si pensi ad un contratto annullabile per errore o rescindibile per sopravvenuta onerosità", *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano: Giuffrè, 1950, cap. II, nº 7, p. 60 e 61.

[73] *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., § 53, p. 331.

[74] *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 316.

rescinde uma sentença gera, por efeito anexo, a obrigação de o credor ressarcir o devedor dos danos que este sofreu, art. 574 do CPC; a anulação de um ato jurídico com base no art. 182 do Código Civil pois em não sendo possível as partes voltarem ao estado jurídico anterior, serão indenizadas, etc.

Agora, o fato de a sentença constitutiva produzir um efeito anexo que gere o direito a uma prestação, não implica necessariamente reconhecer que a mesma possa ser executada na forma forçada. Uma coisa é o efeito anexo como *efeito* da sentença constitutiva que se realiza mediante a execução forçada e outra, bem diferente, é afirmar que a própria sentença constitutiva pode ser executada forçadamente[75]. Não podemos confundir aqui *causa* com *efeito*, porquanto a execução forçada far-se-á ineludivelmente sobre o *efeito* anexo, cuja *causa* é a sentença constitutiva.

[75] Em sentido contrário, afirmando que a própria sentença constitutiva pode ser realizada através da execução forçada, FREDIE DIDIER, quando afirma: " O que, na verdade, dispensa 'execução' é o direito potestativo reconhecido na sentença constitutiva, e não ela mesma", *Sentença constitutiva e execução forçada*, ob. cit., p. 315. Mais adiante o próprio autor afirma textualmente que a sentença constitutiva pode servir como título executivo, pois "a sentença constitutiva pode ter por efeito anexo um direito a uma prestação e, assim, servir como título executivo para efetivar a prestação conteúdo deste direito que acabou de surgir". Data máxima vênia, o autor confunde aqui *causa* com *efeito*.

A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO ITALIANA

Flávia Pereira Hill

Tabeliã. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Professora de Direito Processual da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Universidade Candido Mendes - UCAM.

Parte I. Introdução e histórico legislativo sobre o tema

> *"Il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza, specie in uno Stato libero di diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l'evidentissima ragione che, se lo avesse voluto e fosse stato possibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l'aiuto di terzi."* (MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata*".)

> *"The good lawyer also needs to consider whether adjudication will best serve her client. For many clients, the answer will be 'no', and the lawyer who reflexively files a lawsuit will often disserve the client. Even if a lawsuit is the right solution, the lawyer needs to be aware of ways other than adjudication to end the suit."* (YEAZELL, Stephen. LANDERS, Jonathan. MARTIN, James. *Civil Procedure. 3rd Edition.* Boston: Little Brown & Company. p. 668*)*

Sendo um dos ordenamentos jurídicos nacionais mais tradicionais pertencentes ao sistema romano-germânico ou de *civil law*, o ordenamento italiano demonstra, até nossos dias, especial apreço à tradição de solução de conflitos pela via judicial, mediante a prolação de sentença por órgão jurisdicional, em substituição à vontade das partes litigantes. Podemos afirmar que, atualmente, a estrutura processual italiana de solução de conflitos encontra-se ancorada no Poder Judiciário. Embora não imune a críticas entre juristas italianos, forçoso reconhecer que a figura do magistrado italiano, e, por via de consequência, as soluções dele emanadas, despertam particulares respeito e confiança por parte tanto dos cidadãos quanto da comunidade jurídica, a ponto de soar

quase que curiosa aos jurisdicionados a menção à possibilidade de soluções consensuais e extrajudiciais de conflitos.

Ainda hoje, a possibilidade de solução consensual de conflitos na Itália causa surpresa e, também, certa insegurança na sociedade italiana em geral, tamanhas a credibilidade e a confiança depositadas em seus juízes e malgrado as reiteradas ressalvas à sua atuação, especialmente quanto à duração dos processos judiciais naquele país. O fato é que a sociedade italiana confia profundamente nas soluções dadas por seus magistrados, quer elas tardem ou não.

Sob esse cenário e, portanto, não sem algum ceticismo e resistência, a Itália presenciou, em pouco mais de dois anos, a edição de uma sucessão de atos normativos, a ponto de culminar com a edição do Decreto-Lei nº 28/2010, que regulamentou internamente na Itália o instituto da mediação.

Com efeito, esse influxo foi desencadeado a partir da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia. Verifica-se que o Direito Comunitário Europeu expande-se e aumenta o seu espectro de influência sobre os ordenamentos nacionais de forma significativa, sendo responsável, por vezes, pela inserção de ideias e princípios que, até então, não integravam a tradição jurídica de alguns de seus países membros.

E esse é justamente o caso da política de valorização da solução consensual de conflitos, que, a partir da Diretiva nº 52, entrou na ordem do dia na Área Judicial Europeia (*European Judicial Area*), fazendo com que seus Estados-membros passassem a refletir e se debruçar sobre os meios alternativos de solução de conflitos.

Já em seus Considerandos, a referida Diretiva adota como premissa o reconhecimento de que os assim chamados "procedimentos extrajudiciais alternativos" consistem em instrumento de facilitação do acesso à justiça, cabendo aos Estados-membros dedicar especial atenção em prol da implementação do instituto da mediação.

Na Diretiva, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia destacam como principais vantagens da mediação: i) a rapidez; ii) os baixos custos, iii) a maior disposição das partes envolvidas ao cumprimento espontâneo; e iv) a preservação da relação amigável entre os interessados.

Embora a Diretiva vise a regular, precipuamente, os litígios transfronteiriços ou transnacionais, ou seja, aqueles que envolvam mais de um Estado-membro, nada obsta

que estes a apliquem em seus litígios internos. Muito ao revés, tem-se que o princípio da isonomia recomenda que os jurisdicionados envolvidos em litígios com contornos essencialmente internos – desprovidos, pois, de elementos de estraneidade – disponham do mesmo leque de instrumentos processuais conferidos àqueles que, ocasionalmente, dependam da solução de litígios transfronteiriços ou transnacionais e vice-versa. Não há argumento que baste para fundamentar entendimento contrário. Lembre-se que um mesmo cidadão europeu pode, em um dado momento, envolver-se em um litígio transnacional, e, portanto, optar por solucioná-lo através da mediação, por força da Diretiva nº 52, e, ao depois, pode perfeitamente envolver-se em um outro litígio, agora essencialmente interno. Não haveria sequer como explicar-lhe que, neste litígio interno, eclodido justamente em um Estado-membro da União Europeia, não poderia ele valer-se do instituto da mediação, o mesmo utilizado anteriormente, com sucesso, por força de norma comunitária de que é signatário o seu país. O jurisdicionado não pode ser considerado cidadão de primeira categoria, enquanto cidadão *europeu* sob o pálio do ordenamento jurídico comunitário, dispondo de inúmeros instrumentos processuais à sua disposição, e, de certa forma, de segunda categoria, se analisado o ordenamento jurídico interno de seu Estado-membro.

Os princípios processuais que norteiam o Direito Processual contemporâneo, contemplados, com acuidade, nos *Principles of Transnational Civil Procedure*, elaborados pelo *American Law Institute* (ALI) e pelo *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), vêm buscar aproximar os ordenamentos processuais quanto às garantias mínimas que devem ser conferidas aos jurisdicionados em geral, independentemente da *circunstância ocasional* de seu litígio dever ser solucionado em tal ou qual país. Conferir ao jurisdicionado a garantia de que lhe amparam alguns *princípios mínimos essenciais* à adequada solução dos litígios, não obstante as particularidades de cada ordenamento interno, consiste em projeção do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e se compatibiliza com o atual estágio de aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos modernos e com a intensa dinâmica de relações entre países verificada na atualidade.

A Diretiva adota como conceito de mediação, em seu artigo 3º, *um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente*

alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro[1].

Dentre suas linhas mestras, a Diretiva destaca: i) ser a mediação precipuamente voluntária, cabendo aos litigantes optar livremente por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade de os Estados-membros previrem a mediação obrigatória, desde que esta não obste o acesso à justiça ii) informalidade, detendo as partes ampla liberdade de organização do procedimento de mediação; iii) ausência de prazo, podendo as partes encerrar a mediação a qualquer tempo, ressalvando-se apenas a possibilidade de os tribunais fixarem prazo máximo; iv) possibilidade de os tribunais recomendarem a mediação às partes, quando oportuno; v) dever de os Estados-membros incentivarem a formação e a capacitação de mediadores, bem como controlar a qualidade dos serviços por eles prestados; vi) executoriedade do acordo de mediação em todos os Estados-membros cujo ordenamento jurídico interno confira tal caráter a acordos internos similares; vii) confidencialidade da mediação, inclusive em relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações.

A Diretiva excepciona a possibilidade de mediação quanto a matéria tributária, administrativa e responsabilidade civil do Estado. Depreende-se, ainda, que a referida norma comunitária confere destaque para a promoção de ampla divulgação por parte dos Estados-membros a respeito da figura do mediador e das hipóteses em que é possível recorrer à mediação, como forma de tornar esse mecanismo mais familiar e confiável aos olhos dos cidadãos europeus.

A Diretiva nº 52/2008 tem como principais méritos, a nosso sentir, primeiramente, ter reconhecido a importância dos meios alternativos de solução de conflitos na atualidade e, a partir dessa constatação, tê-los trazido formalmente para o âmbito do Direito Comunitário Europeu, como instrumentos hábeis a bem solucionar os litígios transnacionais. De fato, a União Europeia, particularmente no âmbito do Direito Processual, ramo do Direito de que aqui tratamos, vem se mostrando especialmente empenhada em estudar e pesquisar os diferentes mecanismos processuais que estão na

[1] Texto oficial em português disponível no endereço eletrônico: http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm. Consulta realizada em 01/08/2010.

ordem do dia em todo o mundo para, fundamentada e escrupulosamente, adotar aqueles que lhe pareçam verdadeiramente úteis e efetivos na busca de genuinamente garantir o acesso à justiça aos cidadãos europeus. Parece-nos que, felizmente, a União Europeia não recaiu no grande risco de permanecer atada às amarras das tradições seculares dos ordenamentos internos de seus membros, postura essa que lhe impediria de trazer à baila muitas das discussões em torno da adoção de instrumentos processuais, alguns dos quais hoje, inclusive, em vigor, como os juizados de pequeno valor europeus, as medidas de urgência europeias, o título executivo europeu e, agora, a mediação europeia. Isso faz com que o Direito Processual Europeu se mostre extremamente atual e moderno, estando, muitas vezes, à frente dos ordenamentos internos de seus Estados-membros e, portanto, sendo responsável pelo arejamento de ideias e pela modernização. Curiosamente, um ordenamento comunitário, que, portanto, se origina da congregação de diferentes países, vem se mostrando mais aberto e sensível na detecção das expectativas do cidadão moderno a respeito do Direito Processual e mais ágil em apresentar respostas à essa legítima expectativa do que alguns de seus Estados-membros isoladamente considerados.

Em atenção ao artigo 12 da Diretiva nº 52/2008 da União Europeia, que prevê o dever de os Estados-membros criarem normas que lhe deem cumprimento, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, dentre outras disposições em matéria de desenvolvimento econômico e alterações ao Código de Processo Civil, versou sobre a mediação em seu artigo 60. Nesse dispositivo, o Parlamento Italiano delegou ao Governo a instituição de decreto legislativo destinado a regulamentar a mediação no âmbito civil e comercial no prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei.

A Lei nº 69 traz regramentos gerais que devem nortear as disposições contidas no Decreto-Legislativo que viria a ser, logo após, editado pelo Governo italiano, dentre os quais: i) contemplar a mediação a solução de litígios envolvendo direitos disponíveis, ii) a instituição de um Registro dos organismos de mediação, mantido pelo Ministério da Justiça, iii) possibilidade de a Ordem dos Advogados e os conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação, iv) possibilidade de desenvolvimento da mediação por meios eletrônicos, v) possibilidade de o mediador nomear peritos, caso seja necessário conhecimento específico, vi) previsão dos honorários dos mediadores em regulamento,

sendo majorado o valor em caso de celebração de acordo, vii) previsão do dever de o advogado informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial, viii) concessão de vantagens fiscais para a celebração de acordo, ix) previsão da condenação do *vencedor* no processo judicial ao reembolso das despesas *em favor do vencido*, caso tenha recusado, por ocasião da mediação, proposta feita pelo mediador cujo conteúdo corresponda inteiramente à solução judicial, x) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses, xi) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador, xii) previsão de que o acordo de mediação tenha eficácia executiva e constitua título executivo para fins de hipoteca judicial.

Exercendo a delegação outorgada pela Lei nº 69/2009, o Governo italiano editou o Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010, a fim de regulamentar a mediação na Itália, cujos dispositivos serão a seguir analisados.

Parte II. A disciplina atual da Mediação na Itália: Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010.

1. Conceito do instituto e papel do mediador:

Segundo o artigo 1º, item 1, alínea *a*, do Decreto Legislativo nº 28/2010, a mediação consiste em atividade desenvolvida por um terceiro imparcial (mediador), com a finalidade de auxiliar dois ou mais sujeitos, seja na busca de um acordo amigável para a composição da controvérsia, seja na formulação de uma proposta de solução consensual. O Decreto adota conceito abrangente do instituto, contemplando a mediação dita *facilitadora* pela doutrina italiana[2], na primeira parte do dispositivo, ao mencionar a função do mediador de *auxiliar* as partes no alcance de uma solução consensual, bem como a mediação chamada de *valorativa ou adjudicatória*, em sua parte final, ao aludir à possibilidade de *formulação de proposta* pelo mediador. Em outras palavras, na primeira hipótese, são as partes que diretamente formulam as propostas, contando com a ajuda do mediador para estabelecer e fortalecer o canal de diálogo, enquanto que, na

[2] MENICHINO, Cristina. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010. p. 10. No Brasil, alude-se ainda a *mediação passiva* para a primeira hipótese e a *mediação ativa*, para a segunda.

segunda, é o mediador quem elabora a proposta com base em sua avaliação a respeito das posições apresentadas, cabendo às partes aceitá-la ou não.

De fato, o Decreto refere-se à mediação como sendo o *processo de tratativas* presidido pelo mediador e a conciliação, por seu turno, como sendo o resultado buscado, ou seja, a *celebração de um acordo*[3]. A conciliação seria, pois, nos termos do Decreto, a etapa final de um processo de mediação bem sucedido.

De acordo com o artigo 2º do Decreto Legislativo, podem ser submetidas à mediação as controvérsias civis e comerciais relativas a direitos disponíveis. A doutrina italiana defende a aplicação de interpretação ampliativa, considerando contempladas todas as controvérsias de natureza civil, inclusive falimentares – na parte que não exija procedimento especial – e industriais. Considera-se direito disponível, para fins de cabimento da mediação, aquele que comporte transação – por ser a celebração de um acordo o principal objetivo da mediação -, vale dizer, quando seja conferido ao titular do direito o poder de transferi-lo a terceiros[4]. Para tanto, baseia-se a doutrina italiana em dois critérios, a saber: i) caráter patrimonial do direito, ou seja, a possibilidade de sua avaliação econômica; e ii) ausência de vedação legal à sua disposição.

Regula o Decreto a modalidade de mediação extrajudicial, desenvolvida externamente ao Poder Judiciário, sem a participação direta do magistrado.

À luz da norma ora em análise, o mediador consiste na pessoa física que, individual ou colegiadamente, desenvolve a mediação – prosseguindo em seu *mister* em caso de conciliação -, não podendo, em qualquer caso, proferir decisão que vincule os sujeitos envolvidos, conforme disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, alínea *b*.

Na mediação, o mediador dedica-se a criar um ambiente favorável ao amplo diálogo entre as partes, procurando compreender os seus interesses e necessidades reais, acima das pretensões exclusivamente econômicas que, em um primeiro momento, são apresentadas e a que, normalmente, se atêm os processos judiciais[5]. Trata-se da meticulosa atividade maiêutica do mediador, que promove um diálogo aberto e contínuo como forma de perscrutar os interesses das partes.

[3] MENICHINO, Cristina. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit*. p. 03.
[4] CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco. *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit*. p. 25.
[5] MENICHINO, Cristina. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 12.

Os mediadores devem integrar um dos organismos inscritos em registro mantido e controlado pelo Ministério da Justiça e, em matéria consumerista, também pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico (art. 16). Portanto, segundo o Decreto Legislativo, não há que se falar na figura de mediadores autônomos, desvinculados de entidades voltadas à prática da mediação.

Os organismos de mediação, por seu turno, podem ser entes públicos ou privados que demonstrem seriedade e eficiência no exercício de suas funções, podendo desempenhar a mediação exclusivamente na área de sua especialidade. A fim de obter inscrição no registro de mediação, os organismos deverão depositar, perante o Ministério da Justiça, o regulamento de procedimento adotado para a mediação, o Código Ético de Mediadores e a tabela de honorários e custas. Quaisquer eventuais alterações em tais atos deverão ser igualmente comunicadas ao órgão fiscalizador. A exigência da apresentação de um código de ética demonstra a preocupação do legislador italiano com o bom exercício da atividade da mediação por seus profissionais e, por consequência, com a própria credibilidade do instituto.

De acordo com os artigos 18 e 19 do Decreto Legislativo, a Ordem dos Advogados, bem como outros conselhos profissionais e as Câmaras de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura, podem instituir organismos de mediação nos limites de sua competência, devendo utilizar instalações e pessoal próprios. Constata-se, assim, não haver exigência de que o mediador pertença a uma categoria profissional específica, como a advocacia, por exemplo[6].

A leitura do parágrafo 1º do artigo 8º do Decreto Legislativo[7] faz parecer, à primeira vista, que poderão as partes escolher apenas o organismo de mediação, cabendo ao responsável deste órgão nomear um ou mais dentre os mediadores que compõem seus quadros. Vale dizer, a escolha da pessoa do mediador seria conferida ao próprio organismo e não diretamente aos sujeitos envolvidos.

Embora tal solução seja compreendida e até mesmo referendada pela doutrina italiana como sendo uma disposição complementar à exigência de inscrição do

[6]TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 214.

[7] "Art.8 Procedimento 1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo puo' nominare uno o piu' mediatori ausiliari."

mediador em organismo de mediação[8], ousamos discordar da opção adotada no Decreto. Entendemos a opção do legislador de exigir a vinculação dos mediadores a um organismo de mediação, como forma de garantir o controle de sua imparcialidade e de sua qualificação. No entanto, acreditamos que a designação de um mediador dentre aqueles integrantes de seus quadros não deve caber exclusiva e precipuamente ao dirigente do organismo de mediação, mas sim às próprias partes interessadas. De fato, considerando-se que a *confiança* depositada na pessoa do mediador consiste em *fator decisivo* para o sucesso da mediação, sendo esta uma característica imanente ao próprio instituto, entendemos que melhor seria permitir que, caso as partes tenham preferência por algum dos mediadores inscritos no organismo - sendo, quiçá, justamente a presença *deste* profissional nos quadros da instituição que tenha conduzido as partes a escolhê-la -, não haja qualquer óbice à indicação do mediador pelas partes no requerimento de mediação apresentado. A sistemática do artigo 8º deveria ser aplicável no caso de *não haver indicação expressa* por parte dos sujeitos diretamente interessados, ostentando, pois, caráter subsidiário.

Consideramos que a solução prestigiada no Decreto Legislativo compromete, em grande parte, a autonomia da vontade que rege a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos e reduz as chances de a mediação resultar frutífera. Permitir que as partes escolham apenas o organismo e furtar-lhes a prerrogativa de escolher o mediador, compelindo-as a se submeter à mediação conduzida por pessoa que lhes seja desconhecida ou em relação à qual não se sintam tão confiantes, pode deixá-las menos à vontade e, portanto, menos propensas a revelar amplamente as suas posições e reais pretensões, postura esta indispensável para o bom desfecho desse procedimento.

Depreende-se, a partir da leitura sistemática do Decreto Legislativo, que os mediadores se submetem aos princípios da imparcialidade, confiança, pessoalidade (arts. 3º e 14), idoneidade (art. 3º), sigilo (art. 3º), competência ou eficiência (art. 16), informalidade[9] (art. 3º) e celeridade (arts. 6º e 7º).

[8] MENICHINO, Cristina. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. cit.* p. 15.

[9] Embora a informalidade seja um objetivo do Decreto legislativo, há vozes em sentido contrário, afirmando ter o legislador instituído um modelo de mediação extremamente "processualizado". SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. Afirma o autor, *in verbis*: "(...) altra cosa è la mediazione che si intende introdurre in Italia, non libera e invece assai processualizzata. (...) Processualizzata, perché si immagina che nel corso della mediazione il mediatore possa nominare altri

No âmbito da União Europeia, merece registro a instituição do *Código Europeu de Conduta para os Mediadores*, impondo-lhes observância aos princípios da independência, imparcialidade, competência, idoneidade e sigilo. A norma de deontologia europeia é mencionada frequentemente pela doutrina italiana como um valioso parâmetro de conduta para os mediadores italianos[10].

No intuito de resguardar a imparcialidade do mediador, o artigo 14 do Decreto Legislativo nº 28 adota as seguintes medidas: i) proibição de os mediadores e seus auxiliares assumirem direitos ou obrigações relacionadas, direta ou indiretamente, com as questões tratadas na mediação, salvo aquelas estritamente inerentes à prestação dos serviços como mediador; ii) proibição de os mediadores receberem seus honorários diretamente das partes, mas apenas do organismo ao qual pertençam; iii) dever de o mediador assinar uma declaração de imparcialidade; iv) dever de o mediador informar imediatamente às partes e ao organismo qualquer motivo que possa macular a sua imparcialidade.

Caberá ao mediador franquear a todas as partes igual oportunidade para se manifestar e eximir-se de exercer juízo de valor a respeito das opiniões ou pretensões das partes, para que elas não se sintam constrangidas ou desencorajadas de manter o canal de diálogo estabelecido através da mediação[11].

Não obstante tais providências de caráter preventivo, havendo suspeita de parcialidade *in concreto*, podem as partes requerer ao responsável pelo organismo a substituição do mediador designado. Não havendo qualquer restrição no Decreto Legislativo quanto ao prazo, conclui-se que o mediador poderá ser substituído a qualquer tempo.

Prevê o citado dispositivo legal, em sua alínea "c", que caberá ao mediador formular proposta de conciliação em observância à ordem pública e às normas imperativas, com o propósito de evitar a pecha de nulidade. Tal exigência é considerada

---

mediatori ausiliari, se non addirittura degli "esperti" (art. 8), con una tecnica non molto diversa a quella con la quale il giudice nomina un CTU, nonché si lascia intendere che le parti, nel corso della mediazione, possono produrre documenti e redigere atti difensivi e memorie (art. 3, 3° comma, art. 17, 2° comma). (...)Si ha, così, una specie di pre-processo, fatto da una specie di pre-giudice, per evitare il processo ed evitare il giudice; ed anzi il d. lgs. inserisce dei meccanismi volti a penalizzare chi non si accontenta del pre-processo, e vuole il processo a tutela dei suoi diritti. La mediazione (normalmente) non è questo, e, a parere di chi scrive, fatta così è destinata a non funzionare." pp. 01-02.

[10]TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 221.

[11] MENICHINO, Cristina. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* pp. 06/07.

incongruente, com razão, pela doutrina italiana[12], e se mostra de difícil implementação, uma vez que, não tendo o Decreto exigido formação jurídica por parte do mediador - nem tampouco previsto assistência obrigatória das partes por advogado -, afigura-se difícil para o mediador com formação profissional em outras áreas certificar-se quanto à observância dos parâmetros legais previstos no Decreto.

Como a legitimidade do instituto da mediação repousa, em grande medida, no bom desempenho das funções pelo mediador, o Governo italiano previu a necessidade de que os organismos de mediação promovam a qualificação profissional e a atualização constantes de seus mediadores (art. 16, § 5º), a fim de zelar pela manutenção de um elevado nível técnico e de um permanente aperfeiçoamento da categoria.

É autorizada a nomeação de *mediador auxiliar*, também denominado comediador, caso a questão objeto da mediação demande conhecimento técnico alheio à área de formação do mediador nomeado. Poderão ser nomeados tantos mediadores auxiliares quantas forem as áreas de conhecimento relacionadas à matéria controversa.

Embora o Decreto Legislativo não preveja expressamente, podemos concluir que o mediador auxiliar se submete aos mesmos deveres impostos ao mediador, devendo estar igualmente cadastrado no Registro de Mediadores, como forma de garantir a higidez e a qualidade dos serviços por ele prestados. Embora o mediador auxiliar atue sob as coordenadas do mediador principal, que preside o procedimento, cumpre ressaltar que, quanto às questões técnicas relacionadas à sua área de *expertise*, as partes e o mediador principal depositarão integral confiança nas assertivas tecidas pelo mediador auxiliar, o que demonstra a necessidade de se dispensar igual zelo à postura e à qualificação deste profissional.

Entendemos que, por coerência, assim como, a nosso ver, podem escolher o mediador principal, podem as partes, caso haja preferência, indicar o mediador auxiliar de sua confiança, desde que este também integre os quadros do mesmo organismo de mediação perante o qual se desenvolvem as atividades de mediação já iniciadas[13]. Caso contrário, caberá ao responsável pelo organismo proceder a tal nomeação.

[12]TORREPADULA, Nicola Gianalfonso Rocco di. ROMANO, Stefania. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 216.

[13] Entendemos que o mediador auxiliar deve integrar o mesmo organismo de mediação do mediador principal, pois deve ele estar ciente e observar o Código Ético e o Regulamento desse organismo. A pluralidade de organismos de mediação envolvidos em uma mesma mediação traria grandes dificuldades práticas e jurídicas para a mediação e não nos parece ter sido o objetivo do Decreto.

Não sendo possível a nomeação de mediadores auxiliares, o mediador pode utilizar-se de laudos técnicos escritos elaborados por peritos inscritos no tribunal. Podemos vislumbrar impedimentos de ordem financeira, como o elevado custo para a nomeação de mediadores auxiliares, o que poderia conduzir as partes a preferir a elaboração apenas de laudos escritos com esclarecimentos sobre as questões técnicas, ou, ainda, em razão de as partes assim preferirem por se considerarem mais à vontade para negociar diretamente entre si e o mediador principal, sem o ingresso de outro profissional no processo de diálogo.

2. Mediação obrigatória

O Decreto Legislativo prevê, no artigo 5º, a mediação prévia como condição de procedibilidade para o ajuizamento de ação judicial quando a controvérsia envolver as seguintes matérias: i) condomínio; ii) direitos reais; iii) divisão; iv) sucessões hereditárias; v) acordos de família; vi) locações; vii) comodato; viii) arrendamento de empresas; ix) ressarcimento de dano decorrente da circulação de veículos automotores e barcos; x) responsabilidade médica; xi) difamação por meio de imprensa escrita ou outro meio de divulgação; xii) contratos de seguro, bancários e financeiros.

Nessas hipóteses, caberá ao autor, antes do ajuizamento da demanda judicial, instaurar previamente o procedimento de mediação, na forma do Decreto Legislativo nº 28 ou de legislação especial aplicável. Em caso de inobservância, poderá o réu suscitar a questão nos autos do processo judicial, bem como o juiz conhecê-la de ofício até a data da audiência designada.

Uma vez reconhecida a ausência de preenchimento dessa condição de procedibilidade, caberá ao magistrado fixar o prazo de quinze dias para que seja instaurada a mediação pelas partes. Vale dizer, o processo judicial não prosseguirá enquanto não tiver sido tentada a mediação pelas partes, sempre que esta seja obrigatória.

Caso as partes tenham *iniciado* o processo de mediação, mas *não* o tenham *encerrado*, o magistrado designará audiência para data posterior ao prazo de quatro meses, previsto no artigo 6º do Decreto Legislativo como tempo máximo de duração da mediação. Nesse interregno, caberá às partes dar continuidade às tratativas já iniciadas e

encerrá-las dentro do prazo legal, após o que será dado prosseguimento ao processo judicial em caso de insucesso na celebração de acordo. Trata-se de solução que busca compatibilizar a tentativa de mediação, que já está em curso, com o andamento do processo judicial ajuizado, evitando comprometer qualquer das duas vias de solução de conflitos.

Solução semelhante é, ainda, adotada no Decreto Legislativo quando houver, no contrato firmado entre as partes, cláusula de mediação ou conciliação não cumprida. Deverá o juiz, mediante requerimento da parte interessada, fixar o prazo de quinze dias para que seja instaurada a mediação, designando a audiência no processo judicial para data posterior ao prazo de quatro meses de duração da mediação, previsto no artigo 6º do Decreto Legislativo[14]. Caso a mediação já tenha se iniciado, mas esteja ainda em andamento, caberá ao magistrado igualmente fixar a audiência para data posterior ao prazo legal de término da mediação (art. 5º, §5º).

No firme propósito de estimular a mediação, o Decreto Legislativo atribuiu ao advogado o dever de informar *por escrito* ao seu cliente sobre a possibilidade de adotar esse meio de solução de conflitos e, caso seja obrigatória, fazer expressa menção a essa condição de procedibilidade, sob pena de anulabilidade do contrato de prestação de serviços entre ambos firmado, consoante dispõe o artigo 4º, §3º.

Tal solução, nas hipóteses de mediação obrigatória, consiste em uma forma de evitar que a parte instaure a ação judicial prematuramente, inobservando a condição de procedibilidade por desconhecimento, embora não sem críticas por parte da doutrina. De fato, argumentam os juristas que a exigência de informação por escrito denota

[14] O jurista italiano Lotario Dittrich critica o prazo de quatro meses previsto no artigo 6º, considerando-o longo, no caso de mediação obrigatória, em que as partes não pretendem mediar, e curto, na mediação facultativa, pois pode se mostrar insuficiente para que as partes alcancem um acordo, *in verbis*: "Il termine di quattro mesi previsto dall'art. 6 è insieme troppo breve e troppo lungo. Troppo breve, poiché numerose saranno le ipotesi in cui la definizione del procedimento di mediazione richiederà una maggiore lasso di tempo; troppo lungo, poiché altrettanto numerose saranno le ipotesi in cui le parti non avranno alcuna seria intenzione di transigere, e almeno una di loro sarà costretta ad attendere l'inutile decorso del termine di quattro mesi. È pur vero che il procedimento di mediazione potrebbe chiudersi prima, anche nell'ipotesi di esito infausto, laddove una delle parti dia immediatamente e spontaneamente atto della sua totale assenza di volontà conciliativa: ma è lecito ritenere che tale ipotesi sarà statisticamente irrilevante, sia per la connaturata tendenza delle parti convenute a guadagnare tempo, sia per il probabile affollamento delle procedure di mediazione, che fatalmente conseguirà all'obbligatorietà del tentativo stesso per l'ampio novero di materie di cui all'articolo 5. Nulla impedirà poi alle parti, anche nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, di coltivare il procedimento di mediazione anche oltre i quattro mesi previsti dalla norma come termine massimo, se del caso anche parallelamente alla prosecuzione del processo avanti al giudice ordinario." DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 18.

censurável desconfiança em relação à classe dos advogados, além de o vício da anulabilidade ser extremamente gravoso e irrazoável, podendo, inclusive, ser utilizado por clientes de má fé como motivo para se eximir do pagamento dos honorários advocatícios pelos serviços efetivamente prestados por seu representante, especialmente na hipótese de este ter prestado todas as informações pertinentes, embora não tenha adotado a forma escrita[15].

A instituição da mediação como condição de procedibilidade teve como escopo disseminar a prática da mediação na sociedade italiana, bem como reduzir a sobrecarga de trabalho nos tribunais daquele país, prestigiando a economia processual[16], mesmo propósito que, antes, motivara a adoção de solução semelhante para as controvérsias trabalhistas (art. 410, do Código de Processo Civil Italiano) e agrárias (art. 46, da lei 203, de 03/05/1982)[17]. No entanto, tal solução vem sendo duramente criticada pela doutrina italiana, sendo um dos pontos mais controversos contemplados no Decreto Legislativo[18].

A doutrina italiana chega ao ponto de lhe atribuir a pecha de inconstitucionalidade[19], em razão de a Corte Constitucional Italiana entender que

[15] DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 10.

[16] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 83.

[17] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 80.

[18] Bastante ilustrativas acerca da visão dos italianos em relação aos meios alternativos de solução dos litígios, em geral, e da obrigatoriedade da mediação, em particular, são as palavras do jurista italiano Monteleone, *in verbis*: "Il cittadino che ritiene di avere subito un torto e si reca da un avvocato per ricevere aiuto ed assistenza, specie in uno Stato libero di diritto, vuole un giudice, non un mediatore e neppure un conciliatore per l'evidentissima ragione che, se lo avesse voluto e fosse statopossibile, la lite poteva prevenirla da se stesso senza l'aiuto di terzi. Nessuno arde dal desiderio di impiegare tempo e danaro per impelagarsi in cause civili. Con la mediazione obbligatoria, invece, lo Stato gli nega il giudice e ciò non può avere altro effetto che esacerbare gli animi, creare *chicane* dilatorie, e alimentare nei cittadini una senso di frustrazione e di sfiducia verso le istituzioni." pp. 02-03. MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata". In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. Grifos nossos.

[19] O jurista italiano Lotario Dittrich entende que a previsão contida no artigo 3º do Decreto Legislativo deve ser interpretada no sentido de exigir a mediação prévia apenas em relação ao ajuizamento da demanda principal, ficando as demandas incidentalmente propostas - como reconvenção e intervenção de terceiros - à salvo de tal exigência, sob pena de inconstitucionalidade flagrante do citado dispositivo. Assim discorre o autor, *in verbis*: "L'art. 3 condiziona la 'procedibilità della domanda giudiziale', e non la semplice instaurazione del processo, al tentativo di mediazione: di talché, ove si versi in materie soggette alla mediazione preventiva obbligatoria, in tutti i casi in cui vi sia l'introduzione di nuove domande dovrebbe essere, a rigore, necessario l'esperimento del tentativo di mediazione. Il pensiero corre alla domanda riconvenzionale, alla reconventio reconventionis dell'attore, all'intervento autonomo dei terzi (art. 105 primo comma c.p.c.), alla chiamata del terzo ad opera di una delle parti e, ove si accompagni alla proposizione di una nuova domanda, anche alla chiamata iussu judicis (16). Le

somente seria inconstitucional a imposição de um procedimento prévio como condição de procedibilidade, caso viesse a retardar injustificadamente a submissão da questão ao Judiciário, ocasionando prejuízo para as partes[20], o que, a princípio, não ocorreria com a mediação obrigatória, pelas seguintes razões: i) a mediação possui duração máxima de quatro meses (art. 6º); ii) não obsta a concessão de medidas urgentes (art. 5º, §3º); iii) obsta que se operem a preclusão e a decadência (art. 5º, §6º).

No entanto, ressalvada a questão da constitucionalidade, verifica-se que diversos juristas fazem coro ao afirmar que, nessa parte, o Governo, ao menos, transbordou a delegação legislativa da Lei nº 69/2009, em razão de a lei não ter previsto expressamente a possibilidade de condicionamento do ajuizamento da ação à previa tentativa de mediação[21]-[22].

Por fim, pontua-se, ainda, que tal previsão, quando menos, serviria apenas para retardar a solução da controvérsia, colocando-se a mediação como uma fase prévia à ação judicial. Isso porque a mediação depende inexoravelmente da vontade e da disposição das partes para dela participar. Logo, se as partes não se mostram interessadas em buscar uma solução consensual, muito provavelmente a instauração da mediação, apenas por ser obrigatória, não restará frutífera. Com isso, a questão será, do mesmo modo, submetida ao Poder Judiciário, embora com maior gasto de tempo e recursos.

O §2º do artigo 5º prevê ainda a possibilidade de o juiz, mesmo em grau recursal, recomendar que as partes busquem solucionar a controvérsia através da

---

conseguenze di una tale interpretazione della normativa in esame sono nefaste e certamente incostituzionali, se si pensa che una semplice chiamata in garanzia ad opera del convenuto, per effetto del cumulo dei tempi della mediazione ante causam, dei termini minimi a comparire dell'originario convenuto e del terzo, nonché del procedimento di mediazione nei confronti del terzo stesso, porterebbero a celebrare la prima udienza quattordici mesi (17) dopo l'introduzione della prima domanda di mediazione (!). Mi sembra che l'unica soluzione, che possa salvare la norma da una sicura censura di incostituzionalità (18), sia quella di ritenere che il tentativo obbligatorio si ponga come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che introduce il processo, mentre tutte le domande successive, che possono sorgere all'interno del processo stesso, non siano soggette a tale onere (19). L'alternativa è solo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 5, nella parte in cui assoggetta al tentativo obbligatorio di mediazione anche domande proposte nel corso del processo dalle parti o da terzi". DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. pp. 13-14.

[20] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. cit*. pp. 81-82.

[21] SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 02.

[22] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. cit*. p. 83.

mediação, caso a natureza da causa, o estado da fase instrutória e o comportamento das partes o recomendarem. Cuida-se, aqui, da mediação *facultativa,* também denominada "solicitada" ou "delegada"[23].

Poderão ser concedidas medidas urgentes pelo magistrado (art. 5º, §3º), ainda que a mediação não tenha sequer sido iniciada, pois garantem a própria efetividade da tutela jurisdicional, tendo relevância constitucional[24].

Não será adotada a mediação nas hipóteses elencadas no §4º do artigo 5º. Afasta o Decreto Legislativo a realização de mediação nos procedimentos de injunção, concessão de licença e despejo (até a conversão de rito do artigo 667 do CPC italiano) e ações possessórias (até a apreciação judicial da medida urgente). Nesse momento inicial, entendeu o Decreto que a realização de mediação poderia acarretar um atraso na entrega da prestação jurisdicional incompatível com a sumariedade da tutela garantida ao início do procedimento, além de poder desviar a tônica da discussão nesta primeira fase, que se atém ao cabimento ou não da concessão da medida[25]. Todavia, tendo sido ultrapassadas a fase sumária e a exigência inicial de celeridade, pode ser realizada a mediação em um segundo momento, com tranquilidade.

De igual sorte, restou afastada a mediação nos procedimentos de impugnação da execução forçada ou quaisquer outros procedimentos cognitivos incidentes à execução, na forma dos artigos 615, 617 e 619 do Código de Processo Civil Italiano. O legislador pretendeu, com isso, evitar que a tentativa de mediação ocasione o retardamento da satisfação do direito do credor.

Excepcionou o Decreto, ainda, a mediação nos procedimentos denominados "in camera di consiglio", cujo rito encontra-se previsto no artigo 737 e seguintes do Código de Processo Civil e se aplica, primordialmente, a alguns processos de jurisdição voluntária[26], e, por fim, na ação civil *ex delicto*, com o propósito de evitar que a mediação acabe por influenciar, em alguma medida, o juízo penal[27].

---

[23] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. cit*. p. 88.
[24] *Idem*. pp.91-92.
[25] *Ibidem*. pp. 104-105.
[26] Nesse sentido, MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Numero III*. Torino: Giappichelli Editore. 2010. pp. 285-287.
[27] ANDREONI, M. M. BATTAGLIA, G. GIAVARRINI, S. ROMANO, S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010. p. 107.

3. O Sigilo na Mediação.

O artigo 3º, em seu §2º, bem como os artigos 9º e 10º, garantem o sigilo das declarações e informações prestadas durante o procedimento de mediação, com o objetivo de encorajar as partes a dialogar abertamente, cooperando integralmente com o mediador na busca de uma solução consensual para o conflito. Conforme destacamos antes, a colaboração das partes, informando os seus reais interesses e revelando ao mediador todas as circunstâncias e elementos adjacentes ao conflito, contribui decisivamente para que este profissional componha o cenário do conflito em sua real dimensão e, por conseguinte, consiga bem exercer o seu mister de auxiliá-las a encontrar um ponto comum.

O conforto e a segurança trazidos pelo dever de sigilo, ao garantir que declarações e informações apresentadas em um ambiente de cooperação não sejam divulgadas a terceiros tampouco usadas contra as partes em um segundo momento, criam um ambiente propício para o estreitamento do canal de diálogo colaborativo.

Todos os envolvidos estão submetidos ao dever de sigilo, cabendo, pois, tanto às partes, quanto ao mediador e ao comediador, quando houver, observar tal princípio com igual diligência.

Tendo o mediador realizado sessão separada com cada qual das partes mediandas, deverá ele observar o sigilo das declarações nela prestadas em relação às partes ausentes.

Coerentemente, não é admissível arrolar prova testemunhal, a fim de obter, em juízo, as mesmas declarações protegidas pelo sigilo da mediação. A se admitir tal expediente, estaria a parte interessada valendo-se do conhecimento obtido durante a mediação para forçar a sua revelação, agora em caráter público, nos autos de processo judicial. Estaria ela obtendo, por via transversa, um objetivo vedado pela lei, em verdadeira fraude. Do mesmo modo, o mediador, e igualmente o comediador, não pode ser convocado, nem mesmo por magistrado, a prestar depoimento em relação às informações ou declarações prestadas durante a mediação por ele conduzida. Tratar-se-ia de prova ilícita[28].

[28] FERRARIS, Federico. SODDU, Filippo. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 156.

Para tanto, estendem-se ao mediador as prerrogativas de segredo profissional previstas nos artigos 103 e 200 do Código de Processo Penal Italiano, as quais, segundo o jurista italiano Domenico Borghesi, seriam, em verdade, não propriamente prerrogativas, mas sim deveres do mediador, uma vez que, em caso de descumprimento, ensejariam a reparação pelos danos ocasionados às partes prejudicadas.

Excepciona-se o sigilo, caso o declarante ou a parte que prestou as informações autorize a sua divulgação (art. 10, §1º). Do mesmo modo, admite a doutrina que, em casos excepcionais, quando a parte não disponha de outros meios de prova a fim de comprovar o seu direito em juízo, possa o magistrado ponderar, com prudência, a garantia do sigilo, de um lado, e o direito à prova e a busca por justiça, de outro, a fim de autorizar o afastamento daquela garantia. Como terceira exceção, ressalva-se que o dever de sigilo não desonera as partes de prestar informações a seu próprio respeito aos órgãos públicos[29]. Por fim, colocam-se a salvo do sigilo as informações que seriam cognoscíveis independentemente do procedimento de mediação, seja por terem sido revelados anteriormente, seja por estarem disponíveis em outras fontes[30].

O jurista italiano Domenico Borghesi critica, com propriedade, a redação dispensada ao artigo 10, na medida em que o legislador aludiu ao dever de sigilo em caso de "insucesso da mediação", fazendo parecer que, caso tenham as partes chegado a um acordo, estariam os envolvidos desonerados de observá-lo[31]. No intuito de resguardar os interesses das partes em ambas as hipóteses, sugere o autor que as mesmas celebrem um "acordo de sigilo" ("accordo di riservatezza") que abarque, inclusive, a celebração de acordo.

Entendemos, no entanto, que, neste caso, em verdade, o legislador disse menos do que pretendia. Com efeito, ao se tratar do tema, tende-se a visualizar apenas ou principalmente o risco de que, não fosse o dever de sigilo, os interessados viessem a utilizar as declarações e informações oriundas da mediação nos autos de futuro processo judicial, o que, via de regra, ocorre justamente em caso de insucesso da tentativa de solução consensual.

---

[29] BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. *In* Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it pp. 11-12.
[30] FERRARIS, Federico. SODDU, Filippo. S. *In* CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. *Op. Cit.* p. 153.
[31] BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. *In* Judicium. *Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.*

No entanto, não se pode perder de vista que a garantia de sigilo é muito mais abrangente. Independentemente da celebração de acordo, muitas vezes consiste em fator decisivo para que as partes optem por tentar a mediação exatamente a garantia do sigilo de tudo o que for tratado e debatido. Pensemos em questões de Direito Empresarial, em que os envolvidos preferem resguardar a dinâmica do que se passa internamente na sociedade, especialmente os meandros de eventuais problemas que estejam atravessando, no temor de que possam acarretar graves prejuízos para a imagem da pessoa jurídica e suas relações comerciais. Ou seja, o sigilo consiste em um valor por si só perquirido pelas partes.

Por tudo isso, entendemos que, de fato, não pretendia o legislador italiano deixar vulneráveis as partes, caso tenham logrado alcançar uma solução consensual. Seria como que punir as partes que, em decorrência justamente de seu espírito cooperativo, apresentaram, sem qualquer ressalva, toda sorte de informações para que se alcançasse um acordo. A mediação que, em um primeiro momento, pareceria vantajosa, tanto que lhes proporcionara um acordo, a seguir, poderia se tornar um pesadelo, traindo a confiança das partes ao permitir a ampla revelação, para as mais diversas finalidades, de todas as informações e declarações prestadas. Não se pode olvidar que, muitas das vezes, tendo o mediador ganhado a confiança das partes, elas revelam, inclusive, elementos que, a rigor, lhes seriam desfavoráveis se retiradas deste contexto. Tal interpretação minaria, em última análise, a própria credibilidade do instituto, sempre associada ao amplo sigilo. Deve-se, pois, entender que o dispositivo legal agasalha o dever de sigilo em sua mais ampla abrangência e independentemente do desfecho da tentativa de acordo.

Diversamente, não há que se chancelar eventual expediente malicioso de uma das partes, ao pretender apresentar determinada informação ou prestar certo depoimento no curso da mediação, ainda que dispensável para as negociações, exclusivamente com o propósito de, com isso, colocá-la propositalmente sob a proteção do dever de sigilo, inutilizando-a para futura apresentação em eventual processo judicial. A doutrina

italiana tem especial cuidado em considerar tal conduta abusiva, com a consequente possibilidade de revelação dos dados em juízo[32]-[33].

4. Procedimento.

Embora prime pela informalidade, o Decreto Legislativo nº 28/2010 dispôs sucintamente sobre regras gerais atinentes ao procedimento de mediação. Em caráter suplementar, pode ser aplicado o regulamento adotado pelo organismo de mediação, conforme prevê o artigo 3º, §1º.

No artigo 4º, o legislador prevê que a mediação é iniciada mediante a apresentação de um requerimento perante um organismo de mediação, indicando-se o organismo escolhido, as partes, o objeto e as razões da pretensão.

Tendo recebido o requerimento, o responsável pelo organismo de mediação designa um dentre os mediadores pertencentes aos seus quadros, salvo se as partes já tiverem escolhido o profissional de sua confiança – situação em que deve ser prestigiada a escolha das partes, conforme anteriomente aduzido em momento próprio deste trabalho -, a fim de conduzir as negociações, além de fixar, desde já, uma primeira reunião entre as partes e o mediador designado, para data não posterior a quinze dias a contar da apresentação do requerimento, conforme previsto no artigo 8º, §1º.

A mediação se desenvolverá na sede do organismo de mediação ou em outro local previsto no regulamento deste órgão (artigo 8º, § 2º). Em prestígio à informalidade e à automonia da vontade, que norteiam os meios alternativos de solução de conflitos em geral, entendemos que, estando as partes e o mediador de acordo, podem escolher livremente o local onde se reunirão.

O parágrafo 5º do artigo 8º traz outra solução intensamente criticada pela doutrina italiana. De fato, prevê o citado dispositivo que a ausência injustificada da parte ao procedimento de mediação pode ser interpretada em seu desfavor em um futuro

[32] BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. *In* Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 10.
[33] DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico; www.judicium.it. pp. 13-14.

processo judicial, na forma do artigo 116, do Código de Processo Civil Italiano[34]. Trata-se da prerrogativa de o juiz avaliar o comportamento das partes como meio de prova.

A questão toca um tema bastante delicado no Direito Processual Italiano: os efeitos da contumácia do réu. Em verdade, verifica-se que o ordenamento italiano dispensa uma série de garantias ao réu que não constitui advogado, mantendo-se inerte, não sendo autorizado operar-se o que, no Brasil, chamamos de efeito material da revelia, notadamente a presunção de veracidade dos fatos narrados pela parte autora. Embora já se ouçam vozes no sentido de sugerir uma reavaliação do tema, constata-se que, entre processualistas italianos e igualmente no seio da jurisprudência, é extremamente cara a proteção da esfera jurídica do réu revel que não constituiu advogado[35].

Desse modo, não é de se estranhar que a previsão contida no Decreto Legislativo esteja gerando perplexidade e resistência por parte da doutrina italiana. Critica-se o fato de o legislador ter admitido a imposição de consequências mais graves ao réu em decorrência de seu comportamento durante um procedimento de solução *consensual* de conflitos do que em virtude de um procedimento judicial (solução impositiva). Essa crítica se agiganta ao vislumbrarmos que o legislador não distingue a mediação *obrigatória*, ou seja, aquela prevista como condição de procedibilidade, da mediação *facultativa ou voluntária*, vale dizer, aquela instaurada por única e exclusiva iniciativa das partes, impondo, em ambas as hipóteses, as mesmas consequências ao réu contumaz.

Com efeito, se as partes, em um primeiro momento, pretendiam solucionar o conflito através da mediação, mas, ao depois, optaram por não comparecer à reunião

[34] Código de Processo Civil Italiano: "Art. 116. (Valutazione delle prove) Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice puo' desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo."

[35] Trata-se de tema extremamente interessante e ilustrativo dos valores prevalecentes no Direito Processual Italiano até os nossos dias e que merece maior aprofundamento, em trabalho próprio. De fato, a Corte Constitucional Italiana declarou, na *Sentenza n. 340*, de 2007, a inconstitucionalidade do artigo 13, parágrafo 2º, do Decreto Legislativo nº 5, de 17/05/2003, que regula os procedimentos em matéria de direito societário e intermediação financeira, justamente em razão de este dispositivo legal reconhecer a possibilidade de se interpretar a contumácia do réu em seu desfavor, fazendo prevalecer as afirmações do autor, tornando-se, assim, um julgado emblemático a respeito da posição da doutrina e da jurisprudência italianas em relação ao tema.

com o mediador, a única consequência razoável que daí se pode extrair consiste em concluir que não mais persiste o seu interesse em se valer da mediação. Sem a cooperação das partes e o seu propósito de encontrar uma solução consensual, a mediação não tem condições de frutificar, tornando-se apenas um injustificado motivo de retardamento do desfecho do litígio, que fatalmente se dará em juízo.

Pressupor, como faz o artigo 8º, que o magistrado extrairá, a partir da ausência da parte à mediação, conclusões para além de seu desinteresse em conciliar, mostra-se não apenas desproporcional, mas principalmente divorciado do tratamento dispensado pelo ordenamento processual italiano ao réu contumaz.

Atenta a isso, sugere a doutrina italiana que melhor seria o legislador ter previsto uma sanção pecuniária à parte que não comparece na presença do mediador[36], como forma de estimular o seu engajamento inicial ao procedimento de mediação.

Outra questão que desperta preocupação na doutrina italiana consiste na ausência de previsão de assistência obrigatória por advogado durante a mediação e, especialmente, em caso de celebração de acordo. Decerto, com isso, pretendeu o legislador prestigiar a informalidade e reduzir os custos da mediação. No entanto, em contrapartida, entendem os juristas italianos que a ausência de patrocínio dos interesses das partes por advogado aumenta a chances de que a parte com maior nível de instrução ou maior argúcia possa obter uma posição mais vantajosa, favorecendo a celebração de acordos iníquos[37]. Acrescente-se, ainda, a ressalva de que a celebração de acordo sem a supervisão de um advogado terá maior probabilidade de conter imprecisões e gerar maiores dificuldades em seu cumprimento pelas partes ou eventual discussão em juízo. De se registrar que, de acordo com o Decreto Legislativo, nem mesmo o mediador precisa ter formação em Direito, o que reforça a ausência de uma supervisão jurídica.

Atendendo aos modernos reclamos por um maior aproveitamento dos recursos tecnologicos, já invocado na Diretiva 52/2008 da União Europeia, o Decreto Legislativo admite, no parágrafo 4º do artigo 3º, a utilização de meios telemáticos durante a mediação, na forma do regulamento adotado pelo organismo de mediação. Assim é que, por exemplo, deve-se interpretar o parágrafo 1º do artigo 8º à luz do artigo 3º, a fim de

[36] BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. *In* Judicium. *Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.* P. 05.
[37] DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 04.

contemplar os meios eletrônicos de cientificação, ao admitir a comunicação da instauração da mediação à parte contrária por *qualquer meio idôneo para assegurar o seu recebimento.*

5. Mediação frustrada e proposta de conciliação.

Contempla o parágrafo 1º do artigo 11 combinado com o artigo 13 outra solução fortemente criticada pela doutrina. Dispõe aquele dispositivo legal que, não resultando a mediação em acordo, o mediador poderá formular por escrito uma proposta de conciliação, cabendo às partes com ela concordar ou discordar, também por escrito, no prazo de sete dias e sendo interpretada a omissão das partes como discordância aos termos da proposta.

O ponto nevrálgico reside na consequência da discordância aos termos da proposta trazida pelo artigo 13. Prevê este último dispositivo que se, mais tarde, ao final do processo judicial, o magistrado, em sua decisão, previr solução que corresponda integralmente ao conteúdo da proposta anteriormente formulada pelo mediador, a parte que a recusou, mesmo tendo se sagrado *vencedora* no processo judicial, *não* será reembolsada pelas despesas por ela arcadas *posteriormente à formulação da proposta pelo mediador* e ainda será *condenada* a reembolsar à parte *sucumbente* as despesas por esta suportadas a partir desse mesmo marco temporal. Impõe o legislador uma sanção em decorrência da discordância da proposta pela parte, rompendo, assim, com o princípio da causalidade, tradicionalmente agasalhado no ordenamento italiano, mais uma vez com o propósito de prestigiar – ou talvez forçar – uma solução "consensual".

Cremos que, quanto a este ponto, não se colhe qualquer divergência na doutrina italiana, sendo uníssono o coro em desfavor da solução legislativa[38], que é tachada de "potencialmente grave"[39] e, de forma ainda mais categórica, como uma verdadeiro meio de "coação indireta"[40] para a celebração de um "acordo". Pode-se vislumbrar a situação, não pouco comum, em que, dependendo do valor do conteúdo econômico da causa, a

[38] DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico; www.judicium.it. p. 12.
[39] DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 23-24.
[40] MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata". In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. pp. 01-02.

condenação nos ônus da sucumbência, nos moldes previstos no artigo 13, pode acabar por absorver integralmente ou até mesmo suplantar o benefício econômico auferido pelo vencedor. E isso tudo somente em razão de a parte interessada ter preferido aguardar uma solução judicial, direito esse garantido pelo próprio ordenamento constitucional italiano.

Tendo em vista, a uma, o extremo rigor da norma e, a duas, ter ela previsto, ao utilizar o verbo "poderá", apenas uma *faculdade* ao mediador de formular proposta de conciliação, melhor será se os mediadores optarem por *se eximir de formular propostas* sempre que constatarem, ao final do procedimento de mediação, que qualquer das partes sinceramente prefere aguardar uma futura decisão judicial - seja tal decisão melhor ou pior aos seus interesses do que sinalizavam as tratativas até ali empreendidas, o que, convenhamos, àquela altura, ainda não seria dado às partes antever com segurança.

Deve-se, outrossim, ressalvar que, sendo uma norma sancionatória, deve ser interpretada restritivamente. Assim sendo, tendo o artigo 13 mencionado que o provimento jurisdicional deva coincidir "inteiramente" com a proposta formulada pelo mediador, fica, por conseguinte, excluída do espectro de incidência da citada norma qualquer hipótese em que a decisão judicial imponha solução diversa daquela sugerida pelo mediador, seja qualitativa, seja quantitativamente. Por exemplo, em caso de pedidos alternativos, tendo o mediador optado por um e o magistrado por outro, fica afastado o artigo 13. De igual sorte e ainda que cause estranheza, tendo o magistrado concedido ao vencedor valor *inferior* ao proposto pelo mediador, mesmo assim ficará ele a salvo da incidência do artigo 13. Justificamos tal entendimento em dois argumentos. Primeiro que, neste caso, o vencedor perceberá quantia ainda menor, o que aumentará as chances de se concretizar o risco antes destacado de os ônus sucumbenciais se sobreporem ao benefício econômico auferido. E, em segundo lugar, e mais importante, a própria parte que havia discordado da proposta já terá, em certa medida, sido "penalizada" por ter aguardado a solução judicial, uma vez que esta lhe será *menos favorável* do que aquela proposta pelo mediador. A essa altura, após ter aguardado todo o curso de um processo judicial, tudo levaria a crer que a parte já teria, inclusive, rebido toda a vantagem contemplada no acordo porventura celebrado. O processo judicial já terá sido para ela, de toda sorte, "um mau negócio" e isso, a nosso ver, já bastaria para nos convencer de que, ao final, restará apenas a legítima vontade do

interessado de ver o seu litígio solucionado por uma autoridade judiciária, ainda que de forma menos favorável, o que, por si só, não pode ser censurado, até mesmo por ser seu direito.

Por fim, de se consignar que a proposta do mediador, de quem não é exigida formação jurídica, não possui compromisso direto com o arcabouço normativo aplicável – ressalvadas a ordem pública e as normas imperativas, na forma do artigo 14, alínea "c"-, podendo se lastrear precipuamente em critérios de equidade e em seus critérios pessoais de justiça ou de razoabilidade. De outra parte, a decisão judicial consistirá estritamente em uma *solução técnico-jurídica* para o conflito, tendo, pois, um eixo estrutural completamente diverso, por essência. Sendo assim, uma eventual correspondência entre ambas as soluções, do mediador e do magistrado, será muito mais por uma questão primordialmente *acidental,* dada a adoção de critérios *absolutamente diversos*, do que por haver um propriamente um implícito "*referendo judicial"* à solução anteriormente proposta pelo mediador, como parece pressupor o legislador ao elaborar a previsão contida no artigo 13.

Com efeito, mais do que a adoção de sanções que venham a compelir as partes a celebrarem um "acordo", o sucesso ou não da mediação na sociedade italiana e a consequente mudança de hábitos em relação aos meios escolhidos para a solução dos conflitos dependerão do *bom exercício* das funções pelo mediador. Portanto, melhor atende a esse escopo a preocupação do legislador italiano com a ética, a boa formação e a atualização dos mediadores, bem como a adoção de medidas que auxiliem na divulgação da mediação através de campanha publicitária, inclusive através da internet, como previsto no artigo 21. Essas providências efetivamente contribuirão para que a mediação e seus profissionais ganhem a confiança das partes e, com isso, alcem, paulatinamente, a mediação ao mesmo grau de credibilidade até hoje ostentado - ainda que não imune a críticas - pelos tribunais italianos[41].

A previsão da tentativa de mediação em caráter obrigatório consiste em solução adotada em diversos países de "civil law" como mecanismo de incentivo e divulgação do instituto. No entanto, verifica-se que o Decreto Legislativo italiano foi bem mais

[41] Confirmando a importância da formação dos mediadores para o sucesso do instituto: MARCHEIS, Chiara Besso. "La mediazione italiana: definizioni e tipologi". *In Revista Eletrônica de Direito Processual.* Volume VI. Jul-Dez 2010. Disponível no endereço eletrônico: www.redp.com.br.

longe, impondo consequências assaz rigorosas e que, considerando-se a natural resistência e a desconfiança da comunidade jurídica italiana aos meios alternativos de solução de conflitos, podem, muito ao revés, acabar por gerar uma verdadeira ostilidade ao instituto.

6. O acordo e sua eficácia executiva.

Tendo as partes chegado a um acordo ao fim da mediação ou tendo elas concordado com a proposta de conciliação formulada pelo mediador, serão reduzidas a termo as suas condições, colhendo-se as assinaturas de todos os interessados. O acordo constitui título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial, na forma do artigo 12, podendo, inclusive, ser executado entre os Estados-membros da União Europeia, observada a legislação comunitária aplicável.

7. Conclusão

A edição do Decreto Legislativo nº 28/2010 significa, desde já, uma importante iniciativa em prol da difusão dos meios alternativos de solução de conflitos na Itália, certamente em resposta à política traçada pela União Europeia na Diretiva nº 52.

A própria discussão que a referida lei fez surgir entre os juristas italianos já lhe credita o mérito de recolocar o tema na ordem do dia e, talvez com isso, trazer uma nova oportunidade para que a comunidade italiana conheça melhor e, até mesmo, se afeiçoe, finalmente, aos ADRs.

No entanto, somente após algum tempo de aplicação da citada norma poderemos constatar se efetivamente ela representará um marco histórico na mudança de hábitos da cultura jurídica italiana, com a definitiva inserção da mediação como uma real ferramenta de solução de litígios e consequente desafogamento dos tribunais, ou, ao contrário, se consolidarão o ceticismo e a resistência inicialmente demonstrados por parte da doutrina daquele país.

Creio que, se aprimorada a partir da experiência prática de sua aplicação e das críticas (construtivas) da doutrina e dos profissionais do Direito, certamente a mediação poderá representar um valioso mecanismo de solução de conflitos, que virá se somar à

solução judicial, tão valorizada pela comunidade italiana. Fato é que - feitas as pertinentes ressalvas antes apontadas, especialmente quanto à obrigatoriedade do instituto e às suas severas consequências impostas pela lei - o jurisdicionado italiano somente terá a ganhar se dispuser de mais uma via de solução de conflitos à sua disposição, como a mediação, instituto este já consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, especialmente de *common law*. O acesso à ordem jurídica justa será tão mais vigoroso e democrático quanto mais caminhos (idôneos) possamos disponibilizar ao cidadão para alcançá-la.

Bibliografia

BORGHESI, Domenico. *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*. *In* Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it

CASTAGNOLA, Angelo. DELFINI, Francesco (orgs.). *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*. Pádua: Cedam. 2010.

DALFINO, D. *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico; www.judicium.it

DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Revista Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it. p. 18

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. *Numero III*. Torino: Giappichelli Editore. 2010.

MARCHEIS, Chiara Besso. "La mediazione italiana: definizioni e tipologi". *In Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume VI. Jul-Dez 2010. Disponível no endereço eletrônico: www.redp.com.br

MONTELEONE, Girolamo. *La mediazione "forzata". In Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*. Judicium. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 52. Disponível no endereço eletrônico: http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm.

UNIDROIT - International Institute for de Unification of Private Law. ALI - American Law Institute. *Principles of Transnational Civil Procedure.* Disponível no endereço eletrônico: www.unidroit.org.

YEAZELL, Stephen. LANDERS, Jonathan. MARTIN, James. *Civil Procedure. 3rd Edition.* Boston: Little Brown & Company.

O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA TEORIA GERAL DO DIREITO[1].

Fredie Didier Jr.

Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor Adjunto de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador-acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

***Sumário**: 1 – Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica; 2 – Procedimento como ato jurídico complexo; 3 – Conceito e objeto do juízo de admissibilidade; 4 – O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil: 4.1- Consideração introdutória; 4.2- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação; 4.3- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso; 4.4- Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais; 5 – Natureza jurídica do juízo de admissibilidade; 6 – Efeitos do juízo de admissibilidade negativo.*

1- Noções básicas sobre a fenomenologia jurídica.

O fenômeno jurídico deve ser examinado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

O plano da existência refere-se aos fatos jurídicos; o da eficácia, às situações jurídicas (efeitos jurídicos, dentre os quais o mais importante é a relação jurídica). O plano da validade é exclusivo de alguns fatos jurídicos, mais precisamente dos atos

[1] Trata-se de versão atualizada e ampliada do primeiro capítulo da tese de doutoramento apresentada pelo autor à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cuja defesa pública ocorreu em 31 de março de 2005, perante banca examinadora composta pelos professores Teresa Arruda Alvim Wambier, José Roberto dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni, Cássio Scarpinella Bueno e Sérgio Seiji Shimura, que lhe atribuiu nota máxima, com distinção e louvor. A versão comercial integral da tese foi publicada pela Editora Saraiva: DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação.* São Paulo: Saraiva, 2005.

jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito)[2-3], fatos humanos cujo suporte fático dá relevância à vontade. Há fatos jurídicos que não "passam" pelo plano da validade, como são os casos de alguns fatos ilícitos (não se fala de nulidade do crime), dos atos-fatos (não se cogita da nulidade de uma pintura) e dos fatos jurídicos naturais (infelizmente não se invalida a morte)[4]. A validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação (= invalidação, tanto a decretação do nulo quanto a anulação)[5]: a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito[6]. Não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. É como afirma Pontes de Miranda: "Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença"[7].

Em suma, o "fato jurídico, primeiro, *é*; se é, e somente se é, pode ser *válido*, *nulo*, *anulável*, *rescindível*, *resolúvel* etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam"[8].

O ato jurídico inválido não é ato inexistente, não é zero-ato jurídico, é ato jurídico menor que um (< 1)[9]. Ato inexistente não tem defeito; não é — "defeito não é

[2] "O ilícito, posto nos negócios jurídicos, ou nos atos jurídicos *stricto sensu*, eiva-os de nulidade". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 145).

[3] Há quem restrinja o plano da validade aos negócios jurídicos. "Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico — o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia". (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico.* 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24). Também adotando a linha de que apenas os negócios jurídicos submetem-se ao plano da validade, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 337-354.

[4] Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.

[5] Não se pretende proceder a uma tentativa de distinção entre nulidade e anulabilidade; a tarefa, frise-se, é das mais árduas. Os critérios distintivos são vários, mas nem sempre o legislador é fiel às lições doutrinárias. Neste momento, cumpre apenas fazer duas observações: a) ambas são hipóteses de invalidação dos atos jurídicos, com regimes jurídicos distintos (legitimidade para argüir, forma de argüição, prazo, sanabilidade do defeito, retroatividade da decretação da invalidade etc.); b) não obstante as diferenças, a invalidação é sempre uma decisão constitutiva negativa.

[6] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 3.

[7] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado.* São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

[8] Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* 4ª. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, introdução, n. 9, p. XX. Não há teoria do fato jurídico que se equivalha em importância, coerência e magnitude à de Pontes de Miranda. De um modo geral, adotam-se aqui as linhas por ele traçadas.

falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e sugere estar mal feito"[10]. Nem todo defeito implica invalidação: a lei pode permitir a conversão do ato jurídico defeituoso em outro ato jurídico (art. 170 do CC-2002)[11], considerar o vício irrelevante ou, ainda, não obstante a falha, aproveitar o ato deficiente. A invalidação é a conseqüência mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre congênita. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato de consumo, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato[12]. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade. A resolução e a revogação, por exemplo, são causas de extinção de atos jurídicos por fatos supervenientes à sua formação[13].

O ato inválido *é* — portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer, então, que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese do casamento nulo) — e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais[14]. Todo ato inválido, pouco importa o grau da invalidade, precisa ser desfeito. Saber se a nulificação (a) dá-se *ex officio* ou por provocação do interessado, (b) se gera efeitos retroativos ou *ex nunc*, (c) se está ou não submetida a

[9] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 21.
[10] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 13-14.
[11] Art. 170 do CC-2002: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".
[12] "Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, t. 4, cit., p. 221.). Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.
[13] GOMES, Orlando. *Contratos.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 170; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 79-85.
[14] "De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 7.)

prazo de decretação,[15] (d) se pode ser feita por ação e/ou exceção, embora importantes, são questões contingentes,[16] pois a resposta a cada uma delas varia conforme o regime jurídico estabelecido pelo legislador, a partir da relevância que dê a este ou aquele defeito do ato jurídico[17]. A circunstância de a nulificação retirar retroativamente os efeitos do ato jurídico ou destruir ato jurídico que não produziu qualquer efeito (nulo *ipso iure*) não é relevante para retirar-lhe a qualidade jurídica de sanção — portanto decretável, e não declarável. Não se declaram nulidades, decretam-se nulidades[18-19-20].

[15] Não se deve cometer o equívoco de considerar declaratória a demanda pela simples circunstância de não estar submetida a prazo de prescrição ou decadência. Basta pensar nas diversas demandas indiscutivelmente constitutivas (interdição e separação judicial, por exemplo) não submetidas a qualquer prazo para ajuizamento.

[16] Eis o exemplo do art. 287, 2, do Código Civil Português: "Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser argüida, sem dependência de prazo, tanto por via de acção como por via de excepção". "Há, por assim dizer, parcial equiparação da anulabilidade à nulidade. Semelhante traço é inteiramente estranho à sistemática do ordenamento pátrio". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit.,, p. 219).

[17] Confira-se, por exemplo, o caso da simulação, que, de defeito apto a gerar simples anulabilidade no CC-1916 (art. 147, II), se transformou em defeito gravíssimo, apto a gerar nulidade absoluta do negócio jurídico no Código Civil de 2002 (art. 167). Mais uma vez, Pontes de Miranda: "Se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, desde a entrada e para sempre, do suporte fáctico (nulidade), ou desde a entrada dele mas por algum tempo (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema jurídico resolve, conforme os seus intuitos de política jurídica". (*Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 4.)

[18] Correto Araken de Assis: "De seu turno, o ato inválido, porque gera efeitos até seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importando, para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado". ("Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico.* Salvador: Edições JUSPODIVM, 2004, p. 41.) Arremata Pontes de Miranda: "Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas...". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 33). Ainda nesse sentido, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 76-82, em que explica a impropriedade da utilização da expressão "nulidade de pleno direito", visto que, por ser sanção, toda nulidade precisa ser decretada; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.

[19] Em sentido um tanto diverso, José Carlos Barbosa Moreira: "Com a ressalva de exceção prevista em lei (ex.: casamento, art. 1.549), não existe para o interessado na declaração da nulidade o ônus de propor ação com o fim de vê-la declarada: a nulidade pode ser argüida em defesa, assim como deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168, par. ún.)". ("Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 229). Nesse sentido, NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 228. No entanto, mais adiante, os mesmos autores chegam a uma conclusão diversa, ao comentarem a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, que se reputam nulas de "pleno direito" (ou seja, ineficazes, em razão de defeito gravíssimo, *ab ovo*) por força do art. 51 do CDC: "A sentença que reconhece a nulidade não é declaratória, mas constitutiva negativa". (ob. cit., p. 947).

[20] Adota-se a explicação de Pontes de Miranda, que expõe a razão pela qual não se pode falar de declaração de nulidade: "Quando se exige a 'ação', ou a 'ação ordinária' é que só se permite a acionabilidade em 'ação', e não *incidenter*: excluiu-se o acionar-se em questão prejudicial, ou em exceção, e por isso, somente por isso (dizem), a ação declaratória seria fraca. Ora, encontraria ela o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo, que se teria de desconstituir. Quando a lei não exige ação autônoma, ou ação de rito especial ou de rito ordinário, a ação declaratória é fraca; todavia, uma vez que tal nulidade é decretável a qualquer momento, suscite-a quem, interessado, a suscitar, ou de ofício, o juiz, ao sentenciar, primeiro decide a questão prejudicial e, pois, desconstitui; após isso, declara.

É importante repensar a categoria dos atos ilícitos, normalmente relacionados apenas à responsabilidade civil[21] ou penal. O ato inválido é um ato que contém um ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante[22].

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito e a anulação, a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc. [23] Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê,[24] ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso[25].

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos: independem do direito positivo que se examina. Não se trata de conceitos elaborados pelo direito positivo, mas, sim, pela dogmática jurídica. Aplicam-se, portanto, ao direito processual — convém acrescentar: nenhum estudo sobre a fenomenologia jurídica, em qualquer dos ramos do direito, pode deles prescindir.

A partir deste resumo, é preciso investigar sobre qual dos planos recai o juízo de admissibilidade.

2. Procedimento como ato jurídico complexo.

Ao declarar, já o negócio jurídico nulo ou ato jurídico *stricto sensu* nulo, não é mais, não pertence mais ao mundo jurídico, já estava desconstituído". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 13.)

[21] Sobre o tema, com abordagens diversas, mas muito proveitosas, os excelentes trabalhos de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo, RT, 2004, p. 65-70; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7-22.

[22] É o que Pontes de Miranda chama de "ilícito nulificante" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 4, cit., p. 144-145). No mesmo sentido, reputando a invalidação como uma sanção: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 472; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45-46; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-106; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 12-17; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos*. 3ª. reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 160-162, especialmente a nota 91, em que há amplas referências bibliográficas. Roque Komatsu, que não considera a invalidade uma sanção, fez ampla pesquisa doutrinária sobre o tema, que merece ser consultada (*Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991, p. 181, nota 18).

[23] ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", cit., p. 42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 226.

[24] DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 14.

[25] DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais*, cit., p. 22.

É fundamental, antes de ingressar no exame do juízo de admissibilidade, enquadrar o procedimento na teoria do fato jurídico (ramo da Teoria Geral do Direito). Isso porque, como será visto adiante, o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento.

O procedimento é um ato-complexo[26]. Trata-se de ato jurídico "cujo suporte fáctico é complexo e formado por vários atos jurídicos. (...) No ato-complexo há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação e há o *ato* ou os *atos condicionantes* do ato final, os quais, condicionantes e final, relacionam-se entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim"[27]. Enquadra-se o procedimento na categoria "ato-complexo de formação sucessiva": os vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo[28].

O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional[29]. Convém, no entanto, repetir a advertência de Calmon de Passos que, com base nas lições de Giovanne Conso, afirma não ser correto dizer que o procedimento produz apenas o efeito final, decorrente do ato final. "Na verdade, o que ocorre no procedimento não é

[26] Em sentido contrário, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 447. Parece-nos, porém, que a divergência gira em torno do conceito de ato-complexo, aqui colocado como gênero do qual o procedimento seria espécie, lá examinado como tipo de ato administrativo. É suficiente que se leia a sua compreensão sobre o que seja procedimento: "Procedimento administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão, visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como autonomia relativa". (ob. cit., p. 442.)

[27] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.

[28] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82. E arremata, classificando os "tipos complexos": "Eles são classificados como (a) tipos complexos de formação concomitante ou instantânea, (b) de formação cronologicamente indiferente e (c) de formação sucessiva. No instantâneo, todos os atos ocorrem na mesma unidade de tempo. No cronologicamente indiferente, os atos se sucedem no tempo, mas uma ordem não prefixada e necessária, pelo que podem variar indiferentemente. No de formação sucessiva, os atos se sucedem numa ordem necessária e preestabelecida. Um exemplo muito importante de tipo complexo de formação sucessiva é o processo ou procedimento". (ob. cit., p. 83.)

[29] Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o "ato final" é a manifestação decisiva a respeito de dado assunto, para a qual estão preordenados os atos, que se polarizam em torno do tema (mérito) discutido. (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 442.)

uma pluralidade de atos e um só efeito, mas uma série de atos e uma série de efeitos causalmente coligados com vistas a um efeito conclusivo"[30].

Eis o enquadramento do procedimento na Teoria Geral do Direito.

O processo é, também e inegavelmente, procedimento: conjunto de atos teleologicamente organizados. Impressionados com a compreensão do processo como relação jurídica, que está correta, muitos olvidam esta realidade. Processo é procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que dele fazem parte — relação jurídica essa que se desenvolve em contraditório.

O exame do juízo de admissibilidade do processo não pode ignorar esse aspecto: o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento.

Surge, então, uma questão despercebida por boa parte da doutrina: o modo como é examinada a validade dos atos jurídicos complexos, e, pois, do procedimento. Para resolvê-la, é fundamental buscar guarida na Teoria Geral do Direito, no sub-ramo da teoria do fato jurídico. O enfrentamento do tema dar-se-á com a conjugação dos ensinamentos de dois juristas que, embora não abordassem o problema exatamente do modo como ele vem sendo examinado neste trabalho, dão os alicerces de todas as conclusões: Marcos Bernardes de Mello e Calmon de Passos.

Primeiramente, Calmon de Passos.

a) No estudo da teoria do fato jurídico, é necessário distinguir *pressuposto*, *requisito* e *condição*. *Pressuposto* é tudo quanto deve anteceder outro fato jurídico, para que se possa falar da sua existência jurídica; *requisito* é tudo quanto se coloca entre o momento *a quo* e o *ad quem* do fato, ou seja, tudo quanto integra a estrutura executiva do fato jurídico isoladamente considerado (opera no plano da validade); *condição* é tudo quanto se suceder à prática do ato, para que se obtenha determinado efeito jurídico (opera no plano da eficácia)[31]. Sendo assim, a validade do ato-complexo pode ser investigada durante todo o *iter* executivo do ato, que corresponde à prática de cada um dos atos jurídicos que o compõem. Os pressupostos e requisitos processuais podem dizer respeito a todos os atos do procedimento ou a cada um deles isoladamente — no

[30] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 83.
[31] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 85.

primeiro caso, surge aquilo que se convencionou denominar de requisitos de admissibilidade do processo.

b) Nos atos complexos de formação sucessiva, ser pressuposto ou condição dependerá da posição e da função do ato. O ato "A" pode ser pressuposto do ato "B" do procedimento e ser condição de outro, o ato "C". "O deferimento da inicial é pressuposto da citação, mas, ao mesmo tempo, a citação é pressuposto do decurso do prazo para a resposta e a citação é condição (fato necessário) para que o efeito da revelia se produza"[32].

Agora, Marcos Bernardes de Mello.

A validade do ato-complexo de formação sucessiva dependerá da validade dos atos que o compõem. Cada ato que compõe o tipo do ato-complexo deve preencher os requisitos para a sua validade, mas a validade do ato-complexo (conjunto dos atos) dependerá da validade dos atos que compõem a cadeia — regra da causalidade. Explica o tema Marcos Bernardes de Mello, valendo-se da distinção explicada acima entre atos condicionantes e ato final do procedimento:

> Os *atos condicionantes* são preparatórios do *ato final* e dele constituem pressupostos de validade, não de sua existência. É preciso ressaltar que cada um dos atos tem de atender a seus próprios pressupostos de validade e/ou eficácia. A nulidade de um deles, por exemplo, contamina os que lhe são posteriores e invalida o ato-complexo. Não afeta, porém, nem em sua falta, a existência do ato-complexo que será, nesse caso, nulo[33].

Em síntese: a) o procedimento é ato-complexo de formação sucessiva; b) a validade do ato-complexo será examinada durante todo o período de tempo que medeia a efetivação do primeiro e a do último ato que o componham (fase executiva do ato-complexo); c) cada um dos atos do procedimento tem os seus próprios pressupostos de existência e requisitos de validade; d) a invalidação de um dos atos do procedimento é o que determina a invalidação dos demais atos que lhe seguirem (regra da causalidade normativa), impedindo a realização do ato final e impondo a invalidação

[32] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 87. A propósito, lição de GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, cit., p. 34-42.
[33] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, cit., p. 138.

do ato-complexo; e) os atos praticados antes daquele que se invalidou não são afetados por essa nulificação, porquanto já executados (não há nulidade por fato posterior à prática do ato); f) encerrado o procedimento com a prática do ato final, sem que se verifique o defeito de qualquer dos atos que o compuseram, não se mais pode questionar a validade do ato-complexo, que se deve examinar, como visto, apenas durante a sua *fase executiva*.

Cabe uma advertência: pelas mais variadas razões, o legislador pode impedir a decretação da invalidade do procedimento ou de cada um dos seus atos, determinando o aproveitamento de atos praticados, notadamente tendo em vista a função instrumental das formas processuais. Isso é indiscutível e não é objeto deste estudo. Contudo, e é o que se quer pontuar, o sistema das invalidades processuais tem de ser investigado partindo-se das premissas aqui levantadas.

3. Conceito e objeto do juízo de admissibilidade.

O juízo de admissibilidade opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento[34-35].

Todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório, normalmente de iniciativa das partes — mas nem sempre, pois há procedimentos que nascem por provocação de terceiro (as intervenções de terceiro e os embargos de terceiro, *e. g.*) e até mesmo em decorrência da atividade oficiosa (incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal, art. 480 do CPC, o conflito de competência, art. 116 do CPC, e o incidente de uniformização de jurisprudência, art. 476 do CPC). Não se

[34] Relacionando a admissibilidade ao procedimento, ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 45. Também assim, muito embora misturando as noções de demanda e procedimento, Piero Calamandrei, para quem a admissibilidade diz respeito "à regularidade do procedimento no qual a ação é proposta e feita valer". (*Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 278.) Pontes de Miranda refere-se à admissibilidade do procedimento (p. 302) e da demanda (p. 303) (*Tratado das ações.* Campinas: Bookseller, 1998, t. 1). Miguel Teixeira de Sousa separa o juízo de admissibilidade do exame da existência e validade do processo; para esse autor português, o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a possibilidade de uma decisão de mérito ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 70).

[35] Em sentido diverso, considerando o juízo de admissibilidade como concernente ao plano da existência (a falta de uma condição da ação, requisito de admissibilidade do processo civil brasileiro — juízo de inadmissibilidade — implicaria inexistência do processo e da sentença eventualmente proferida), WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 200.

chega ao juízo sobre o que se postulou (juízo de mérito) sem contraditório, que se desenvolve por um procedimento (conjunto de atos) — a menos que a conclusão de mérito seja desfavorável ao postulante, hipótese em que a integração da outra parte ao contraditório é desnecessária.

Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento — é o primeiro dos *atos condicionantes*, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, *a fortiori*, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento *ab ovo*[36].

É importante ressaltar, também, que essas considerações valem para qualquer procedimento ou ato postulatório — embora o cerne deste trabalho seja o juízo de admissibilidade do processo, entendido como o juízo a respeito do procedimento principal e da demanda originária. O que aqui se diz aplica-se a qualquer procedimento (principal ou incidental, de primeiro grau ou recursal, de conhecimento ou executivo etc.) e a qualquer ato postulatório, inicial ou incidental (petição inicial, contestação, recurso, pedido de produção de prova, reconvenção, impugnação ao valor da causa, denunciação da lide, conflito de competência, exceções instrumentais etc.). Juízo de admissibilidade, talvez não seja ocioso repetir, é categoria que pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento. Há inúmeros trabalhos sobre o juízo de admissibilidade dos recursos, outros tantos sobre o juízo de admissibilidade da reconvenção, das intervenções de terceiro, dos incidentes em tribunal, das provas etc.[37]

[36] Há quem distinga *inadmissibilidade* de *improcedibilidade*: aquela diria respeito à falta inicial dos requisitos processuais que devem ser preenchidos no momento da propositura da demanda; essa estaria relacionada com irregularidades processuais sobrevindas no curso do processo (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil.* Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 279, citando Redenti). Essa distinção não tem qualquer utilidade, porque, independentemente do momento em que se constate o defeito, haverá juízo de invalidade do procedimento.

[37] Os requisitos de admissibilidade dos recursos costumam ser relacionados com os requisitos de admissibilidade do processo. Como se vê, isso não é por acaso: em ambos os casos, fala-se de juízo de admissibilidade, que é o juízo sobre a validade do procedimento, principal ou recursal. A propósito, com amplas referências bibliográficas, inclusive da doutrina estrangeira, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 255, especialmente a nota 140; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43, especialmente a nota 1. Admitindo que se possa estabelecer "certa correspondência" entre os requisitos de admissibilidade da causa e os do recurso, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 262.

As noções sobre o juízo de admissibilidade são gerais: não há como criar tantas teorias gerais quantos sejam os procedimentos/atos postulatórios que se pretenda examinar.

Feitas essas observações prévias, a explanação pode prosseguir.

Toda postulação se sujeita a um duplo exame do magistrado: primeiro, verifica-se se será possível o exame do conteúdo da postulação; após, e em caso de um juízo positivo no primeiro momento, examina-se a procedência ou não daquilo que se postula. O primeiro exame "tem prioridade lógica, pois tal atividade [análise do conteúdo da postulação] só se há de desenvolver plenamente se concorrerem os requisitos indispensáveis para tornar legítimo o seu exercício".[38-39] No juízo de admissibilidade, verifica-se a existência dos requisitos de admissibilidade. Distingue-se do juízo de mérito, que é aquele "em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta *admissível* ou *inadmissível*; no segundo, *procedente* ou *improcedente*"[40]. Por isso que se fala em admissibilidade do recurso, da petição inicial, da denunciação da lide etc.

Calmon de Passos cuida da inadmissibilidade no plano da validade, distinguindo-a da nulidade, pois está relacionada ao procedimento[41]. A lição merece ser repetida:

[38] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 260. O texto entre colchetes não consta do original. Assim, também, GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 120 e segs.

[39] Miguel Teixeira de Sousa, em belo trabalho, questiona o rigor da observância dessa prioridade lógica do juízo de admissibilidade sobre o juízo de mérito, afirmando ser possível, em algumas hipóteses, que o tribunal examine o mérito, sem que ter feito o juízo sobre a admissibilidade do procedimento. Baseia-se na obra alemã de Rimmelspacher, que reputa revolucionária. Eis um seu exemplo: "...não se vislumbra justificação plausível para impedir que o tribunal (competente, para não complicar a hipótese) perante o qual foi deduzida a exceção de litispendência não se possa antecipar no proferimento de uma decisão sobre o mérito ao julgamento do outro Tribunal no qual está pendente esta mesma ação, dado que daquela decisão resulta uma definição mais rápida da situação jurídica das partes..." ("Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 65.)

[40] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 261. "Así hablamos no de demanda válida, si cumple las formalidades, sino admisible". (VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso.* 2ª. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 222.)

[41] Mais à frente, o autor baiano afirma: "...aos litigantes são devidos dois juízos distintos, quando pleiteiam a tutela jurídica do Estado. Um, a respeito da validade do processo de que se fez participante — juízo de admissibilidade, em que se certifica, positiva ou negativamente, a adequação do processo às exigências do devido processo constitucional. Outro, só é devido se positivo o primeiro, em que se certifica positiva ou negativamente o direito à tutela pretendida". (ob. cit., p. 122.) Adiante, porém, afasta a inadmissibilidade da nulidade: "O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo". (ob. cit., p. 158.)

> De necessidade fundamental distinguirmos o *juízo de admissibilidade* que todo magistrado deve, necessariamente, proferir sobre a validade do processo antes de decidir sobre a tutela pretendida pelos litigantes (mérito) do juízo que ele faz, *num processo válido,* a respeito da validade ou invalidade de atos que integram a série de atos constitutivos do procedimento. (...) foi de fácil percepção haver pressupostos que se revelavam como exigíveis, não para determinado ato do procedimento, sim para todos eles, quer explícita quer implicitamente. Isso significa que, ausentes ou defeituosos, contaminam *todos* os atos do procedimento, tornando-se inviável o próprio processo. A falta não suprida ou insusceptível de suprimento, bem como o defeito insanável ou não sanado de um desses pressupostos, dada sua abrangência, obsta o exame do mérito, pelo que se impõe a *extinção* do processo sem exame do mérito. Essa decretação comporta seu enquadramento no dever de saneamento do magistrado e, pode ser qualificada como um juízo de *inadmissibilidade*.[42]

Embora Calmon de Passos distinga nulidade de inadmissibilidade[43-44] — o que não se faz neste trabalho, pois se considera a inadmissibilidade como a nulidade do

[42] *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais,* cit., p. 116 e 117. Adiante, na p. 158, afirma: "O que é inadmissível não é nulo, sim é afirmado como inapto para obrigar o magistrado a prosseguir prestando sua atividade jurisdicional no processo. Entendo, assim, que o indeferimento a inicial é decisão sobre sua inadmissibilidade, não decretação da sua invalidade". No entanto, em outra obra, eis como se manifesta o mestre baiano sobre o mesmo tema: "A petição inicial, ato processual típico, pode, conseqüentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo". (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 213).

[43] Também assim Enrique VESCOVI, que reconhece, contudo, que a admissibilidade está "muito próxima da validade". (*Teoría general del proceso*, cit., p. 222). Repita-se: a admissibilidade é o juízo da validade do procedimento.

[44] James Goldschmidt distingue invalidade de inadmissibilidade, afirmando que essa última refere-se apenas aos atos processuais de obtenção (petições, afirmações, aportações de prova). O autor nega que os atos jurídicos de obtenção passem pelo plano da validade: submeter-se-iam a duas valorações, a admissibilidade e a valoração do seu conteúdo ("fundabilidad", se a postulação é fundada). (*Principios generales del proceso.* Buenos Aires: EJEA, 1961, t. 1, p. 114-115). A premissa do autor é bastante questionável: afirmar que petições não passam pelo plano da validade, é ignorar, por exemplo, a petição assinada por agente incapaz (incapacidade postulatória) é nula, como, aliás, determina o art. 4º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Não se consegue distinguir o exame da admissibilidade do exame da validade desses atos jurídicos, notadamente quando o mesmo autor afirma, na p. 115, que os requisitos de admissibilidade são formais, como os são os requisitos de validade dos atos jurídicos de um modo geral. A transcrição de um excerto da obra do autor parece ser bem emblemática da dificuldade de

procedimento[45-46] —, a sua compreensão do fenômeno é bastante útil ao desenvolvimento desse estudo, porquanto situe o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos[47], o que está correto. Fundamental perceber, no entanto, que há "pressupostos" de todos os atos (do procedimento) e há "pressupostos" de cada ato: aqueles são chamados de pressupostos processuais[48].

O juízo de admissibilidade é categoria pertencente à teoria geral do processo e relaciona-se com determinadas características da relação jurídica processual: a complexidade e o dinamismo.

A inadmissibilidade é uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo-o de examinar o mérito do ato postulatório (objeto do ato conclusivo do procedimento), porque não permite o prosseguimento da marcha procedimental, de resto iniciada a partir de uma demanda (inicial ou incidental)[49]. A inadmissibilidade incorpora a idéia de obstáculo ao movimento; é figura complexa, que se relaciona com a criação de um impedimento ao ingresso de um ato processual no processo, ou numa fase deste [50].

Mas não é só.

A inadmissibilidade é invalidação do procedimento (ato jurídico complexo), a partir do reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado

separar o "inadmissível" do "inválido": "Un acto de obtención que cerece de los presupuestos o formas legales, no se atiende, si el defecto es tan craso que ele acto ni siquiera tenga la apariencia de tal; el acto defectuoso ha de recharzase como inadmisible..., a no ser que se admitiere una subsanación del defecto" (ob. cit., p. 177). Não observância de formas, defeito, sanação..., tudo isso está relacionado ao plano da validade dos atos jurídicos, como é cediço. Ademais, como bem demonstrou Paula Costa e Silva, os vícios de vontade também são relevantes nos atos postulatórios, comprometendo a sua validade (SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003).

[45] Rosenberg não admite que se possa falar em validade ou invalidade do processo. Só os atos processuais podem ser válidos ou inválidos (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p. 47). De fato, o processo, como relação jurídica, não pode ser inválido (ele existe ou não existe). Mas o procedimento, como ato jurídico que é, pode ser inválido. Demais disso, o autor cuida da invalidade como ineficácia, adotando premissas diferentes das aqui adotadas.

[46] Antonio Janyr Dall´Agnol Jr. atentou para a circunstância, quando afirmou que "nulidades processuais" é expressão que tanto diz respeito à invalidade do ato processual como à do processo, como conjunto de atos processuais. (*Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 12.)

[47] *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 36-37.

[48] Assim, Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. 2, p.45.

[49] Inadmissibilidade, para Calmon de Passos, é a "falta de aptidão do procedimento para alcançar seu resultado típico, ou, em palavras mais específicas do processo jurisdicional, para legitimar o exame do mérito". (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 38).

[50] ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 28, com base em lição de Enrico Altavilla.

(mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico). É, pois, sanção aplicável ao procedimento, que impede o magistrado de prosseguir o seu exame, enfrentando a questão de mérito posta para a sua decisão[51]. "Indeferimento" ou "não-conhecimento" são as expressões comumente utilizadas pelos magistrados na prolação do juízo de inadmissibilidade.

As causas de inadmissibilidade (como todas as causas de invalidade) devem ser contemporâneas à prática do ato. Fatos supervenientes podem comprometer a admissibilidade, certamente, mas é fundamental que se perceba que são os atos que compõem o procedimento os que serão afetados, não mais o ato que lhe originou (o ato postulatório). O procedimento, como ato-complexo (conjunto de atos), pode ser considerado inadmissível — e, portanto, obstaculizado o seu prosseguimento — por fatos que aconteçam durante o seu desenrolar, sem que isso retire do juízo de admissibilidade a característica de ser um juízo sobre a validade; basta que se saiba que apenas os atos posteriores ao fato superveniente poderão ser nulificados, não os anteriores, que praticados regularmente, não podem, então, ser invalidados.

Eis, portanto, as conclusões parciais a que se chega: a) o procedimento submete-se ao juízo de admissibilidade; b) o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a validade do ato-complexo procedimento; c) a inadmissibilidade é sanção que se aplica ao procedimento defeituoso.

Pode-se prosseguir.

É possível que surja a pergunta sobre qual seria a relevância de enquadrar-se o juízo de admissibilidade no plano da validade dos atos jurídicos. O próximo item cuidará de responder a essa possível indagação.

4. O juízo de admissibilidade e o sistema de invalidades da legislação processual civil.

4.a) Consideração introdutória.

[51] Cumpre apontar a divergência de Aroldo Plínio Gonçalves, para quem não há invalidade de todo o procedimento; o autor distingue a nulidade das figuras do indeferimento da petição inicial e da extinção do processo sem julgamento do mérito (*Nulidades no processo*, cit., p. 41-42). Segundo o posicionamento aqui defendido, os casos de extinção do processo sem exame do mérito normalmente se encaixam na categoria da inadmissibilidade, que é o juízo de invalidade do procedimento.

Se inadmissibilidade é sanção de invalidade do procedimento, a ela deve ser aplicado todo o sistema de invalidades regulado pelo Código de Processo, construído, como se sabe, exatamente para que nulidades não se decretem[52]. A decretação da inadmissibilidade do procedimento é sanção que somente deve ser aplicada quando não for possível ir adiante, em busca da solução do mérito — situação que deve ser encarada sempre como excepcional e malfazeja. É possível que tenha sido essa a razão pela qual Carnelutti considerava a extinção do processo sem exame do mérito uma das manifestações da crise do procedimento (ao lado da suspensão do processo): o processo não chega ao *ato final*, para o qual todos os demais atos do processo estavam direcionados, que é a solução do objeto litigioso[53].

Afirma-se que não há invalidades processuais de "pleno direito": toda invalidade processual precisa ser decretada[54]. Afirma-se, também, que somente se deve nulificar um ato do procedimento se não for possível aproveitá-lo — do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas. Não há nulidade processual sem prejuízo. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Concorda-se com essas premissas e se afirma: tudo isso deve ser aplicado ao juízo de admissibilidade, juízo de validade que é. Nada justifica o contrário — nem mesmo o pensamento de que os vícios que implicam inadmissibilidade, por serem mais graves, não permitiriam a adoção desta postura.

É possível, ainda, com base nessas premissas, ir mais além. Admite-se que o magistrado possa, não obstante um defeito do procedimento (falta de um requisito processual), em certos casos (ressalvados o impedimento/suspeição, se a favor do réu, e a incompetência absoluta), ignorando-o, avançar no mérito e rejeitar a pretensão do

[52] Daí a surpresa de Pontes de Miranda: "O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação". (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 353.)

[53] *Instituições do Processo Civil.* São Paulo: Classic Book, 2000, v. 2, p. 171.

[54] Neste sentido, apenas para exemplificar, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 162; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., *passim*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no* processo, cit., p. 76-82; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros Ed, 2001, v. 2, p. 586-587; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991, p. 206-208; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1974, v. 8, p. 147; DALL´AGNOL, Antonio Janyr. *Invalidades processuais.* Porto Alegre: LEJUR, 1989, p. 20.

demandante. Isso não causaria qualquer prejuízo ao demandado, muito ao contrário. Com base nas lições de Rimmelspacher, Miguel Teixeira de Sousa sistematiza a questão: os "pressupostos processuais" condicionam a produção de uma decisão de procedência, mas não o proferimento de uma sentença de improcedência[55]. E arremata, com razão: "A falta de um desses pressupostos não obsta à produção de uma decisão de mérito favorável à parte (ativa ou passiva) cuja posição processual seria protegida com a verificação do pressuposto"[56].

Assim, por exemplo, o magistrado poderia julgar improcedente o pedido do autor mesmo diante de um defeito da sua petição inicial, como a falta de juntada de documentos indispensáveis, ou da falta de comprovação do pagamento das custas processuais.

Ainda neste sentido, se o autor incapaz não regulariza sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 13, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma técnica de proteção àquele que é considerado incapaz; se o defeito de capacidade não causou prejuízo àquele que se beneficia com essa exigência, não pode levar a uma decisão que lhe desfavoreça). Miguel Teixeira de Sousa ratifica esse entendimento, ao examinar a questão da possibilidade de o réu alegar a incapacidade processual do autor. Para o autor português, o pedido de extinção do processo em razão de defeito de capacidade processual do autor não pode ser formulado pelo réu, que não sofre com isso nenhum prejuízo:

> Efetivamente, a aceitação de que a alegação da incapacidade judiciária (*lato sensu*) do autor é uma estratégia possível do réu é incompatível com o postulado de que a exigência dessa capacidade judiciária visa a proteção da parte ativa, porque de duas uma: — ou se admite que essa invocação tutela interesses do réu, que, aliás, não se vislumbram quais possam ser e o que contraria, de qualquer forma, a premissa de que esse pressuposto se orienta

[55] "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1991, n. 63, p. 66.
[56] "Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais", cit., p. 82.

> para a proteção do autor; — ou se aceita que o réu defende altruísticamente os interesses da contraparte, o que, apesar de louvável, não corresponde à posição e ao papel das partes em Juízo e para o que falta a essa parte passiva o necessário interesse processual. Não é admissível, por isso, a invocação pelo réu da incapacidade judiciária do autor. O que, em termos práticos, significa que, perante a alegação dessa exceção pelo réu, não é nulo, por omissão de pronúncia ..., o despacho ou a sentença que não se pronunciou sobre essa invocação e sobre aquela incapacidade[84].

Uma outra aplicação desta tese pode ser feita em relação à capacidade postulatória. Parte-se da premissa de que a exigência de representação processual por profissional habilitado (advogado), titular de capacidade postulatória, é uma técnica para proteger as pessoas juridicamente leigas, permitindo que defendam os seus direitos em juízo de modo mais efetivo e adequado. Assim, se a parte autora, sem estar representada por advogado, e, pois, sem capacidade postulatória, formula demanda que pode ser acolhida pelo magistrado, nada justifica a extinção do processo sem exame do mérito por falta do requisito processual, já que a sua não-observância não causou prejuízo à parte que se beneficia com a exigência (que é a parte autora). A inexistência de prejuízo é facilmente constatável: não obstante sem a participação do advogado, a parte conseguiu demonstrar a juridicidade do seu pleito. Não se pode prejudicar o autor, não acolhendo o pedido que se mostra justo, a pretexto de ajudá-lo, protegendo por estar desacompanhado de advogado. Do mesmo modo, se o réu se apresenta sem advogado, não deve o juiz indeferir a contestação, por falta de um requisito de validade (capacidade postulatória) e considerar o demandado revel. Deve o magistrado nomear um advogado dativo, que pode ser um defensor público, para ratificar a peça de defesa. É que uma norma de proteção, como aquela que exige a capacidade postulatória, não pode ser utilizada contra o seu beneficiário: a pretexto de proteger o réu, o juiz não recebe a sua defesa e o considera revel. Trata-se de aplicação da exigência formal de suprimento da incapacidade contra aquele que é protegido por ela, o incapaz, o que não se pode admitir.

Tudo isso é aplicação direta do disposto no art. 249, § 2º, do CPC brasileiro: "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta"[57].

Talvez seja interessante pontuar algumas outras aplicações práticas desse pensamento.

4.b) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do procedimento principal. Noções sobre o princípio da cooperação.

Outra importante aplicação prática desta proposta é a de impor ao magistrado os deveres de correção e de aproveitamento do procedimento, mesmo ausente um dos "pressupostos processuais" de validade[58]. Exige-se que o magistrado assuma o compromisso de fazer o possível para que o mérito seja examinado. Se houver defeitos processuais (ausência de algum requisito processual), deve ser sanado; se o defeito não causar prejuízo, o procedimento deve ser aproveitado e o mérito deve ser julgado etc. José Orlando Rocha de Carvalho realça esse aspecto, colocando-o como o ápice do seu trabalho — que se reputa fundamental, diga-se, para a correta percepção do fenômeno[59].

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro — mais precisamente na Alemanha[60], França[61] e em Portugal[62] —, e já com alguma repercussão na doutrina

[57] Após a publicação da tese de doutoramento referida na nota 1, outros trabalhos doutrinários surgiram, seguindo orientação doutrinária bastante semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006, p. 474-481; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Ed., 2006; HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional – a instrumentalidade substancial das formas.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

[58] Examinado o tema à luz do princípio da proporcionalidade, Gisele Góes: "O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos". (*Princípio da proporcionalidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.)

[59] CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 158-166.

[60] § 139 da ZPO Alemã, alterado pela lei de 27.07.2001: *"Materielle Prozessleitung (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine*

brasileira[63], o chamado *princípio da cooperação*, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não apenas a de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual;

Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt,den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist iner Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann." Em vernáculo, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: "§ 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático,especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível.Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito".

[61] Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu´il a relevés d´office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". Em vernáculo, segundo a tradução de Eduardo Ferreira Jordão: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".

[62] Art. 266 do CPC de Portugal: "1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".

[63] Sobre o tema há os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi, todos citados ao longo do texto.

prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio[64]. Trata-se de princípio que estrutura e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais — e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade.

Como afirma José Lebre de Freitas: "A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva freqüentemente a falar duma *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual"[65].

O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir.

O *dever de esclarecimento* "consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo"[66], para evitar decisões tomadas em impressões equivocadas/apressadas[67]. Assim: se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo) — nesse sentido, n. 3 do § 139 da *ZPO* Alemã. É possível dizer, até, que, na dúvida, o magistrado deve reputar admissível (válido) o procedimento. Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante — convém lembrar que há hipóteses em que se confere capacidade

[64] "Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. / Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". In "Garantias Constitucionais do Processo Civil". São Paulo: RT, 1999, p. 139; ainda do mesmo autor, "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, n. 27, p. 27-28; "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64-68).

[65] FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

[66] GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

[67] Art. 266 do CPC de Portugal: "2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato".

postulatória a não-advogados, o que torna ainda mais indispensável o cumprimento desse dever[68].

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*[69], sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e, por isso, não posta em contraditório, antes de decidir[70].Eis o *dever de consultar*. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia[71]. Como cabe ao magistrado a investigação oficiosa dos requisitos de admissibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Acaso o magistrado "descubra" a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão[72]. É

[68] Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 51).

[69] Art. 3º, 3, CPC Português: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem". Ver os itens 2 e 3 do § 139 da ZPO Alemã, já citados. Sobre o tema, ainda, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório", cit., p. 144-145; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).* José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39; GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 53-56. Cf., ainda, julgado relatado por Araken de Assis, publicado na Revista Forense n. 338/301-309; TALAMINI, Eduardo. "Saneamento do processo". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1997, n. 86, p. 97, item 22; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz.* São Paulo: Método, 2004, p. 253.

[70] "Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da *ZPO* já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht,* isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão". *Temas de direito processual – 8ª série.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

[71] DIDIER Jr., Fredie. "Princípio do contraditório: aspectos práticos". *Revista de Direito Processual Civil.* Curitiba: Gênesis, 2003, n.29, p. 510; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório", cit., p. 39-42.

[72] Muito interessante a ponderação de Rodrigo Mazzei: se o CPC impõe a ouvida do autor quando o réu alega a falta de um requisito de admissibilidade (art. 327), dando ensejo ao contraditório, por que também

certo, ainda, que o magistrado pode indeferir a petição inicial por motivos não relacionados à sua validade: é o caso da extinção com exame de mérito, em razão do reconhecimento de decadência legal ou prescrição (arts. 210 do CC-2002 e art. 219, § 5º, CPC). Nessas situações, por não se tratar de vícios do instrumento da demanda, não se poderia falar em correção do defeito. Mesmo nesses casos a garantia do contraditório se impõe. Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: permite-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve a oportunidade de manifestar-se.

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. "O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo"[73]. No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito[74]. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC). Um outro exemplo seria o inciso V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias. Finalmente, tem-se o caso do chamado interesse-adequação, examinado mais à frente, que consiste na exigência de formulação da providência jurisdicional adequada (procedimento ou técnica de decisão). Deixando de lado, por ora, a impropriedade do instituto, cabe ao magistrado indicar qual

não se exigir o contraditório quando a falta for "alegada" pelo juiz? ("O manejo dos declaratórios pelo terceiro prejudicado". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 921-922, nota 127.)

[73] GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real" cit., p. 52.

[74] GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real" cit., p. 52.

o tipo de providência jurisdicional adequada, não podendo reconhecer a carência de ação, sem que antes dê oportunidade à correção do defeito.

4.c) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade do recurso.

Essa conclusão também se aplica ao juízo de admissibilidade dos recursos — embora se reconheça que, para evitar chicanas processuais e para que não se comprometa demasiadamente a celeridade processual, a possibilidade de correção dos defeitos deva ser minimizada, mas não eliminada[75]. Eis algumas aplicações.

O próprio princípio da fungibilidade dos recursos, que diz respeito ao requisito de admissibilidade "cabimento", é uma manifestação clara de que ao juízo de admissibilidade dos recursos deve ser aplicado o sistema das invalidades. Na verdade, o princípio da fungibilidade é a aplicação, no processo, da regra da conversão do ato nulo, já consagrada no direito brasileiro, inclusive em nível legislativo[76]. Ademais, o princípio da fungibilidade diz respeito a qualquer juízo de admissibilidade, como vem pugnando a mais prestigiada doutrina[77]: em recente alteração legislativa, consagrou-se, por exemplo, a fungibilidade das medidas urgentes (art. 273, § 7º, CPC)[78].

Há decisões, ainda, que aplicam o princípio da cooperação no âmbito recursal, para a correção de defeitos do instrumento do recurso[79], por exemplo, embora tal comportamento seja raro[80].

---

[75] "Registro de passagem inexistir no regime atual do Código de 1973 qualquer regra a impor ao relator do agravo o indeferimento liminar na falta de peças essenciais, pois vedado não está o suprimento da falta, seja no art. 527, *caput*, seja no art. 557. A sanação aqui defendida encontra-se, aliás, em sintonia com o valor relativo das formas legais, assentado no sistema das nulidades adotado entre nós". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo.* São Paulo: RT, 1999, n. 96, p. 64)

[76] Confrontando a fungibilidade dos recursos com o regime das invalidades em direito público, notadamente no direito administrativo, e considerando-a espécie de "conversão", WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença,* cit., p. 158. Também relacionando fungibilidade dos recursos com o sistema das invalidades processuais, THEODORO Jr., Humberto. "Teoria geral dos recursos civis". *O processo civil no limiar do novo século.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169.

[77] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais.* Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2001, p. 1.090-1.144.

[78] Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual.* 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-94.

[79] A 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, ainda que de forma enviesada, no julgamento do REsp n. 280.875-RJ, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.10.2001, DJ 04.03.2002, no qual ficou decidido que: "Se a peça não se acha prevista no art. 525, I, do CPC, como essencial, porém se revela

Finalmente, veja-se o caso da interpretação correta que se deve dar ao parágrafo único do art. 526 do CPC, que impõe a necessidade de comprovação, perante o juízo *a quo*, da interposição do agravo de instrumento. A sua aplicação deve ser feita de acordo com o sistema das invalidades do CPC[81].

A lei silencia a respeito da existência de prazo para o agravado alegar e provar a não-juntada dos documentos no juízo *a quo*. Uma primeira interpretação — talvez influenciada pela concepção assente de que os requisitos de admissibilidade dos recursos podem ser investigados a qualquer tempo — poderia dar a entender que não haveria prazo, pois a lei nada estabelece a respeito disso. Não é isto o que se pensa, porém.

Ao impor um requisito de admissibilidade do procedimento recursal, o dispositivo tem de ser interpretado dentro do sistema de invalidades do Código. E assim prescreve o art. 245, CPC: "A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento". Como não se trata de questão que pode ser conhecida de ofício[82] — caso raro, talvez único, em que se negue ao tribunal o conhecimento *ex officio* de um requisito de admissibilidade do recurso —, o descumprimento do ônus do art. 526 enquadra-se na hipótese normativa do *caput* do art. 245. Assim, o agravado deve alegá-lo nas contra-razões — normalmente o primeiro momento que lhe cabe falar nos autos —, sob pena de

indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador, deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução. Incabível, pois, o não conhecimento do agravo por ausência de documento não essencial, caso de petição que supostamente teria dado origem à prova pericial cujos ônus foram atribuídos à ré". Embora os requisitos de admissibilidade do recurso possam ser investigados de ofício pelo magistrado, não pode ele exigir que a parte se desincumba de um ônus, que estava previsto apenas em sua cabeça, sem que se lhe tenha dado o alerta, fundamental na hipótese.

[80] "A Corte Especial, diante das divergências de julgados, reafirmou entendimento, por maioria, no sentido de que o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça". Precedente citado: REsp 449.486-PR, DJ 24.2.2003. EREsp n. 509.394-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgados em 18.8.2004, Informativo n. 218 do STJ.

[81] DIDIER Jr., Fredie. "Questões controvertidas sobre o agravo (após as últimas reformas processuais)". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação das decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.) São Paulo: RT, 2003, p. 286-290.

[82] Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 508.

preclusão. Não se poderia interpretar o dispositivo como se fosse uma ilha dentro do ordenamento. A incidência do art. 245 é, pois, indiscutível. Outra interpretação poderia levar, ainda, a chicanas processuais: o agravado se calaria, deixando para o último momento possível esta "arma", que somente ele poderia manejar[83].

4.d) Aplicação do sistema de invalidades processuais ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais.

Tudo o quanto foi dito aplica-se ao juízo de admissibilidade dos procedimentos incidentais. Observem-se dois exemplos elucidativos: exceções instrumentais e reconvenção.

A exceção de incompetência relativa deve ser ajuizada em peça apartada da contestação, que será autuada em apenso (arts. 112, 299 e 304 do CPC). Trata-se, pois, de requisito processual de admissibilidade deste incidente do procedimento principal. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, tem entendido que a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, como preliminar, por não causar prejuízo, não pode ser desconsiderada[84].

Do mesmo modo, a reconvenção deve ser ajuizada em peça autônoma (art. 299 do CPC). A elaboração em peça única, porém, desde que se possam identificar os dois atos, não deve levar à inadmissibilidade do procedimento da reconvenção[85].

5. Natureza jurídica do juízo de admissibilidade.

[83] O agravo de instrumento não será admitido, necessariamente, se for alegada e provada, pelo agravado, a não-juntada da documentação no juízo *a quo*? Não. Como se trata de requisito formal criado com o objetivo de favorecer o agravado, quando o seu desrespeito não gerar prejuízo (art. 244 do CPC) — no caso, a dificuldade de acesso ao conteúdo do agravo—, não será possível considerar-se inadmissível o agravo de instrumento interposto. Também aqui urge compatibilizar os sistemas de admissibilidade do recurso e o das invalidades processuais. A propósito, José Rogério Cruz e Tucci: "Observa-se, pois, que a reforma, nesse particular, dá ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, visto que, em muitas situações, como naquelas ocorrentes nas comarcas das Capitais, a consulta dos autos de agravo no tribunal é muito mais simples e facilitada do que o exame no cartório de primeiro grau". (*Lineamentos da nova reforma do CPC.* 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p.115).

[84] 2ª. Seção, RESP 169176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25.06.2003, DJ de 12.08.2003, p. 185; 4ª. T., RESP 293042/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 25.09.2001, DJ de 04.02.2002, p. 379. Em sentido contrário, porém, não admitindo a alegação de incompetência relativa no bojo da contestação, 1ª. T., RESP 380705/AL, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.03.2002, DJ de 08.04.2002, p. 153.

[85] STJ, 5ª. T., RESP 549587/PE 2003/0099712-8, rel. Min. Felix Fischer, j. 23.03.2004, DJ de 10.05.2004, p. 335. Nesse sentido, com amplas referências jurisprudenciais, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 160.

Diante do que foi exposto, adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado[86].

Mais difícil é a resposta a uma segunda questão: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos retroativos ou *ex nunc*?

Tendo em vista que os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a decretação da sua invalidade — premissa já levantada —, a conclusão só pode ser uma: o juízo de inadmissibilidade produz efeitos *ex nunc*, respeitando os efeitos até então produzidos pelos atos do procedimento já praticados. Nada impede, porém, que se prevejam hipóteses em que haja retroatividade do juízo de inadmissibilidade, destruindo os efeitos já operados — desde que se faça isso expressamente, para evitar surpresas aos litigantes. Nem por isso deixará de ser constitutiva a decisão: não se desconhecem decisões constitutivas-negativas com eficácia retroativa, como é o caso da que anula negócio jurídico (art. 182 do CC-2002)[87].

Não é esse, contudo, o pensamento que predomina na doutrina brasileira.

Como já se disse, os estudos sobre o juízo de admissibilidade concentraram-se no âmbito recursal. A conclusão a que chegaram os que se debruçaram sobre o assunto diverge daquela ora defendida no que diz respeito ao juízo de inadmissibilidade, que é visto como um juízo declaratório negativo, com eficácia retroativa. Embora não tenha

[86] Referindo-se ao juízo de admissibilidade dos recursos, Pontes de Miranda: "O ato do juiz que lhes nega seguimento é constitutivo negativo, a despeito da forte dose de declaração. O ato do juiz que manda que subam é declarativo-mandamental". (*Comentários ao Código de Processo Civil.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 7, p. 8). Mais a frente, porém, o autor adota outro posicionamento: "*a)* Se o juízo *ad quem* não conhece do recurso, a instância superior não se abriu, não houve. A decisão é declarativa negativa de ter havido recurso. (...) Toda decisão de conhecimento ou não-conhecimento de recurso é resolução de declaração, positiva ou negativa, da extensão da relação jurídica processual até o juízo do recurso". (ob. cit., p. 181.)

[87] "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente". A propósito, "As sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil". (Moreira, José Carlos Barbosa. "Eficácia da sentença de interdição por alienação mental". *Temas de Direito Processual. 4ª série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187 — texto entre colchetes não consta do original.)

sido examinada a natureza jurídica do juízo de admissibilidade do processo, as conclusões a que chegaram os doutrinadores são úteis ao desenvolvimento deste estudo.

O mais notável e notório de todos esses estudos empreendidos foi o elaborado por José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições, sintetizadas, servem à guisa de demonstração dessa posição divergente.

a) Somente os recursos admissíveis produzem efeitos[88]. b) O juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória: "ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente *a reconhece*"[89]. c) Exatamente por conta disso, o juízo de admissibilidade negativo tem efeitos retroativos à data em que se verificar a causa da inadmissibilidade[90]. O pensamento de Barbosa Moreira é absolutamente coerente com as suas premissas; neste ponto, é irretocável[91].

Discorda-se das premissas, porém.

a) Os atos processuais, mesmo os defeituosos, produzem efeitos até o seu desfazimento — mesmo que esse desfazimento se dê por força de invalidação judicial. Trata-se, aliás, conforme visto, de posição razoavelmente assente na doutrina. Se a inadmissibilidade é uma sanção de invalidação, o procedimento só se torna

[88] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, 11ª ed., cit., p. 256.

[89] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, 11ª ed., cit., p. 264. No mesmo sentido, NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 266-267; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 52, embora não lhe atribua eficácia *ex tunc* em todas as hipóteses.

[90] "O juízo de admissibilidade proferido pelo órgão de interposição, se positivo, tem como efeito precípuo o de abrir ao recorrente a via de acesso ao órgão *ad quem*; se negativo, o de trancar-lhe essa via. Ressalve-se a possibilidade, que se enseja ao recorrente, de interpor, para o órgão a que competiria o julgamento do recurso denegado, outro recurso, ou remédio análogo, contra a decisão que, no grau inferior, lhe barra a via recursal. Passado em julgado essa decisão, a situação da outra, contra a qual se interpusera recurso inadmissível, se este já o era *ab initio*, equipara-se à situação que ela teria caso não houvesse ocorrido a interposição, que não impediu a formação da *res iudicata*; se o recurso era admissível, e só deixou de o ser por fato superveniente, a interposição obstou à produção da coisa julgada, mas o obstáculo desapareceu no momento em que se configurou a inadmissibilidade posterior. (...) *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cessou de tê-la, aqui. Destarte, se inexiste outro óbice (isto é, outro recurso *ainda admissível*, ou sujeição da matéria, *ex vi legis*, ao duplo grau de jurisdição), a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Note-se bem: *não a partir da decisão que a pronuncia*, pois esta, como já se assinalou, é declaratória; limita-se a proclamar, a manifestar, a certificar algo que lhe preexiste". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo* Civil, cit., p. 265.)

[91] Lembre-se que, segundo o autor, a nulidade dos atos jurídicos é declarada, porque o ato nulo não produz efeitos desde o momento do seu nascimento (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Invalidade e ineficácia do negócio jurídico", cit., p. 229)

inadmissível, mesmo o recursal, após a decisão judicial que decreta a nulificação. Sendo assim, o procedimento, enquanto não invalidado, produz efeitos, notadamente aqueles relacionados à litispendência: mantém litigiosa a coisa, impede o trânsito em julgado e a propositura da mesma demanda etc.

b) Em todo juízo constitutivo negativo, notadamente naquele relacionado às invalidades, há o reconhecimento de uma situação de fato anterior, tomada como a premissa fática da decisão que autoriza a criação de uma nova situação jurídica: sanção de ineficácia do ato jurídico defeituoso. Seguem alguns exemplos. Na interdição, toma-se a alienação mental, fato anterior, como apto a retirar do sujeito a sua capacidade (desconstituição da capacidade, situação jurídica nova); na anulação de ato jurídico, leva-se em conta o vício de vontade (coação, dolo, erro etc.), necessariamente anterior à prática do ato, para desconstituí-lo; na ação rescisória, verifica-se a existência de uma das hipóteses do art. 485 do CPC para, então, desconstituir a coisa julgada; na falência, investiga-se a insolvência do comerciante para, então, retirar-lhe a capacidade de gerir a sua empresa. Não é, portanto, característica exclusiva dos juízos declaratórios o reconhecimento de fatos anteriores à decisão.

c) Quanto à retroatividade do juízo de inadmissibilidade à data em que se verificou a causa de inadmissibilidade, não se apresentam maiores problemas de ordem dogmática. Consoante foi apontado, nada impede que o legislador autorize a retroação da eficácia da decisão que invalida o ato jurídico ao momento exatamente anterior ao da prática do ato. Foi essa a opção do legislador civil, pois a invalidação por nulidade ou anulabilidade determina essa eficácia retroativa.

Há problemas, contudo, examinada a questão do ponto de vista prático — e de olhos fixos no direito fundamental à segurança jurídica[92].

Adotada a concepção majoritária, se o tribunal, após três anos da interposição da apelação, "declarar" a sua inadmissibilidade, o recurso não terá produzido qualquer efeito, a sentença já estará imune pela coisa julgada e o prazo da ação rescisória, que é de dois anos, já teria escoado. Enquanto pendente o recurso, não se poderia ingressar com a ação rescisória, pois ainda não havia coisa julgada; não admitido o recurso,

[92] Examinando o direito à segurança jurídica segundo a perspectiva dos direitos fundamentais, MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material)". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 31, p. 142 e segs.; *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JUSPodivm, 2004, p. 159 e segs.

também não poderá fazê-lo, agora pela razão de que a coisa julgada já teria ocorrido (?). Há tribunais em que o tempo-médio para a distribuição de uma apelação é de quatro anos. A situação é, no mínimo, curiosa. Perder-se-ia, pela decadência (não-exercício em certo prazo), o direito de rescindir a sentença, sem que tivesse sido possível o exercício desse mesmo direito: não se exercitou o direito porque não era possível, mas, a despeito disso, o direito deixou de existir por conta do não-exercício. O raciocínio é, no mínimo, esquisito.

O mesmo acontece em relação aos embargos de declaração. Aplicada a concepção predominante, os embargos reputados inadmissíveis não teriam o condão de interromper o prazo para a interposição do outro recurso; assim, se, entre a data da interposição dos embargos e a decisão que não os admitiu, houver transcorrido o prazo para o recurso "principal", a decisão teria transitado em julgado desde a data da interposição, a despeito da pendência dos embargos contra ela interpostos. A insegurança jurídica que esse posicionamento proporciona é manifesta. O mesmo ocorreria em relação a qualquer dos outros requisitos de admissibilidade.

A jurisprudência vacila em torno do assunto. Afirma-se que o trânsito em julgado não pode ocorrer enquanto pendente julgamento do recurso, mesmo que, futuramente, este venha a não ser admitido. Ressalva-se, no entanto, a situação do recurso manifestamente intempestivo ou incabível, quando o futuro juízo de inadmissibilidade teria, de fato, eficácia retroativa, reconhecendo o órgão judicial o trânsito em julgado desde a data seguinte ao *dies ad quem* do prazo para a interposição do recurso[93-94].

[93] A síntese do problema encontra-se em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* 3ª. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 102-103, nota 17. Nesse sentido, por exemplo, STJ, REsp n. 389.216-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 12/3/2002: "O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória tem como termo *a quo* o trânsito em julgado do acórdão que não conheceu da apelação; somente se conta a partir do décimo quinto dia da publicação da sentença de primeiro grau quando o recurso for intempestivo. Precedentes citados: REsp n. 34.014-RJ, DJ 7/11/1994; REsp n. 5.722-MG, DJ 25/11/1991, e REsp 18.691-RJ, DJ 28/11/1994". Também assim, o enunciado n. 100 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho: "I – O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subseqüente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. (...) III – Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protrai o termo inicial do prazo decadencial".

[94] Adota esse posicionamento "intermediário", acrescentando hipótese de juízo de inadmissibilidade com eficácia *ex tunc* a do recurso sem preparo, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54. Bernardo Pimentel Souza afirma, em outra linha, que o juízo de admissibilidade negativo tem efeito *ex nunc*, sem distinguir as causas de inadmissibilidade, (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29), embora reconheça que prevalece a posição intermediária (ob. cit., p. 768-769).

Esse posicionamento, embora razoável, também gera insegurança, pois feito sem qualquer respaldo legal: retroage-se a eficácia do juízo de inadmissibilidade em uma hipótese e não nas demais.

O que justifica este tratamento diferente?[95] Talvez seja a circunstância de a intempestividade poder ser constatada mais objetivamente, sem maiores discussões doutrinárias. Sucede que isso não convence: a) quer porque há discussões sérias quanto à tempestividade[96]; b) quer porque outros requisitos de admissibilidade também podem ser examinados mais objetivamente, como é o caso da regularidade formal e do preparo. A questão, pois, não deve ser solucionada casuisticamente. A construção de Barbosa Moreira é séria, coerente e tem respaldo dogmático (aliás, como sempre); o que se não pode aceitar é que se a admita em uns casos e se a repila em outros, sem que, em nenhum dos dois momentos, se neguem a suas premissas. É sempre importante lembrar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.: a dogmática serve para emprestar previsibilidade às decisões e, portanto, segurança; a ela cabe a tarefa de criar critérios objetivos para resolver o problema da decidibilidade dos conflitos, de modo que é correto dizer-se que "não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos"[97].

---

[95] Coerente Nelson Nery Jr., adepto da concepção dominante, quando questiona essa solução jurisprudencial (*Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 267, nota 165).

[96] Basta que sejam citados dois exemplos. Primeiro, a esdrúxula tese da intempestividade do recurso prematuro: o STF vem, reiteradamente, afirmando que recurso interposto antes do prazo (antes da intimação da decisão) é intempestivo (por exemplo, STF, 2ª. T., AI n. 375.124, j. 28.05.2002, rel. Celso de Mello, publicado no DJU 28.06.2002). Os fundamentos não se sustentam, até mesmo pela irrazoabilidade: se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação. Em razão das suas críticas severas, é conveniente a leitura de DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tempestividade dos recursos". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16, p. 9-23; MACHADO, Hugo de Brito. "Extemporaneidade de recurso prematuro". *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, 2003, n 8, p. 58-66. No final de 2004, porém, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.461, considerou possível a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrapõe a jurisprudência anteriormente firmada no Tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial. O próprio STJ divulgou a notícia no dia 23 de novembro de 2004, por meio do seu *clipping* eletrônico. O segundo exemplo relaciona-se com a contagem do prazo quando há litisconsórcio, em que os litisconsortes estão representados por advogados diferentes, mas um deles é excluído do processo na decisão recorrida: aplica-se ou não a regra do art. 191 que impõe a contagem em dobro nos casos de litisconsortes com procuradores diversos? A questão é tormentosa e chegou ao Supremo Tribunal Federal, que consolidou a sua jurisprudência no verbete n. 641 da súmula da sua jurisprudência predominante: "Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido". Por exemplo, STF, Pleno, AI 330106 AgR-QO/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 12.06.2002, publicado no DJU de 28.06.2002, p. 88.

[97] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação.* São Paulo: Atlas, 1994, p. 51. Sobre a decidibilidade como problema central da dogmática jurídica, vale a lição desse autor: "Nesse sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de

Aplicada a concepção majoritária ao juízo de inadmissibilidade do procedimento principal, poder-se-ia concluir que, uma vez extinto o processo sem julgamento do mérito, em razão da falta de um dos seus requisitos de admissibilidade, não preenchido desde o momento da formação da relação jurídica processual (art. 263 do CPC), a citação, eventualmente já feita, não teria interrompido a prescrição, já que a inadmissibilidade teria efeito retroativo — e, se o tempo do processo já correspondesse ao prazo de prescrição (atualmente diminuídos pelo novo Código Civil), ao demandante não restaria alternativa, pois prescrita estaria a sua pretensão[98].

É necessário manter coerência com as premissas aqui levantadas.

Se o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de inadmissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia *ex nunc*, ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia *ex tunc*, que a princípio não se reputa conveniente[99], tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento). Basta que se examine o juízo de admissibilidade como um juízo sobre a

decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras" (ob. cit., p. 91)

[98] A discussão era intensa sob a vigência do Código Civil de 1916, em razão do art. 175 do CPC: "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar perempta a instância ou ação". A interpretação literal prevalecia: citado validamente o réu, mas tendo havido a extinção do processo sem julgamento do mérito posteriormente, o efeito interruptivo da prescrição que se efetivara seria desconsiderado. Sobre o tema, adotando a concepção majoritária, e com excelente exposição da problemática, CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência.* São Paulo: RT, 1979, p. 46-52. Não foi repetida essa regra, porém, no novo Código Civil — ainda bem, diga-se. O despacho citatório, com a efetivação posterior da citação nos moldes em que prevista pela legislação processual, interrompe a prescrição, que só volta a correr após o trânsito em julgado da última decisão do processo que serviu para interrompê-la (art. 202, I e par. ún, CC-2002).

[99] É razoável que remanesça a seguinte dúvida: o recurso interposto um ano após o término do prazo impediria a coisa julgada, que já teria ocorrido (o exemplo é teratológico, de fato, mas serve como argumento a partir do absurdo)? Parece-nos que as situações aberrantes, em que escancaradamente há intempestividade, devem ser resolvidas caso a caso, de acordo com o princípio da razoabilidade, sendo permitido reconhecer-se a retroatividade do juízo de inadmissibilidade. E não há nisso qualquer concessão à insegurança. A lei serve às situações gerais, normais; situações excepcionais e absurdas não merecem tratamento legislativo, devendo ser transferida ao magistrado a tarefa de encontrar a norma concreta que as regule. Sempre foi assim. A partir do momento em que a lei regula expressamente uma situação, ela deixa de ser excepcional. Por isso, não se reputa conveniente um dispositivo legal que estabeleça, em abstrato, que a decisão de inadmissibilidade por tal motivo será *ex tunc* e, por outro, *ex nunc*. É melhor que se firme a regra da irretroatividade do juízo de admissibilidade negativo; a retroatividade, como no exemplo dado, seria determinada excepcionalmente, em situações aberrantes.

validade do procedimento para que o enquadramento jurídico dos fatos processuais mencionados torne-se mais fácil — e a solução das intrincadas questões que a eles se relacionam será dada com respaldo dogmático que propicie maior segurança.

6. Efeitos do juízo de admissibilidade negativo.

Não parece correta a afirmação freqüente de que o juízo de inadmissibilidade do processo implica a sua extinção — muito menos é correta a afirmação de que a extinção sem julgamento do mérito é conseqüência do juízo de inadmissibilidade. Não se devem buscar nas conseqüências de um fato jurídico (no caso, o ilícito processual nulificante de desrespeito a algum requisito de admissibilidade) os elementos para a investigação da sua essência — embora seja inegável a utilidade de algumas classificações ou sistematizações feitas tendo-se em mira a eficácia dos fatos jurídicos.

A inadmissibilidade implica invalidação do procedimento, isso é certo. Da decisão que não o admite surgem efeitos anexos, sendo que o mais notório deles é a extinção do processo (art. 267, IV, CPC). Nem todo juízo de inadmissibilidade do processo, porém, implica a sua extinção; como também nem toda extinção do processo sem exame do mérito decorre da sua inadmissibilidade.

Se a inadmissibilidade for de procedimento incidental (reconvenção, por exemplo) ou se for parcial (atingir apenas uma parte do objeto litigioso do processo, que é o objeto do ato final do procedimento, como foi visto), desse juízo negativo não decorrerá a extinção do processo: a) no primeiro caso, porque o processo prosseguirá para a solução do objeto litigioso do procedimento principal; b) no segundo, porque prosseguirá em relação à parcela do objeto litigioso do processo que foi admitida.

No caso de incompetência do juízo (falta de "pressuposto processual" de validade de todo o procedimento), em vez de determinar a extinção do processo, o legislador impôs, como regra, a remessa dos autos ao juízo competente, pouco importando a gravidade do desrespeito à regra de competência (arts. 112 e 113 do CPC, com algumas exceções, adiante examinadas).

Até mesmo em relação ao procedimento recursal é possível identificar conseqüência do juízo de inadmissibilidade diversa da extinção do procedimento: no caso do agravo de instrumento interposto em situação não havida como de urgência, ao

invés de determinar a extinção do procedimento, o legislador autoriza o relator a converter o recurso em agravo retido (art. 527, II, CPC), aproveitando o ato processual já praticado sem prejudicar o recorrente — que, produzido o efeito tradicional de extinção do procedimento recursal, sofreria com a preclusão consumativa do direito de impugnar a decisão recorrida.

Como se pôde perceber, as conseqüências do juízo de inadmissibilidade do procedimento podem ser as mais diversas, e não somente a extinção do processo, como se poderia supor a partir da leitura do art. 267, IV, CPC. Encarado o fenômeno pela perspectiva do sistema das invalidades processuais, é possível afirmar que somente deve ser extinto o processo nas hipóteses em que o aproveitamento dos atos do procedimento, com o conseqüente prosseguimento da marcha, mostrar-se, do ponto de vista prático (operacional), impossível. A extinção do processo sem exame do mérito deve ser encarada por todos, principalmente pelo magistrado, como o resultado de um fracasso.

Também não se pode afirmar que toda extinção do processo sem exame do mérito decorre de um juízo de inadmissibilidade. Basta pensar na extinção decorrente do da morte do autor, conjugada com a intransmissibilidade do direito discutido (inciso IX do art. 267 do CPC) e na extinção do processo em razão da desistência (inciso VIII do art. 267 do CPC) ou do abandono do autor (inciso III do art. 267 do CPC). Não são resultados de um juízo de inadmissibilidade do processo, pois não se constata qualquer vício que pudesse levar à invalidação: trata-se de causas de extinção do processo por fatos posteriores à prática dos atos do procedimento, portanto jamais relacionadas à sua validade, assemelhadas à morte nos contratos *intuitu personae*, no primeiro caso, e a revogação (causa extintiva de atos jurídicos por fato que lhe é posterior), nos dois últimos.

Assim, é possível estabelecer uma relação entre o juízo de inadmissibilidade e a extinção do processo sem exame do mérito: causa-conseqüência. Mas essa relação não é necessária: tanto o juízo de inadmissibilidade pode produzir outras conseqüências, como a extinção do processo sem exame do mérito pode resultar de outras causas.

UM ESTUDO DE "DIREITO E LITERATURA": A BUSCA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO EM SHAKESPEARE

Guilherme Luis Quaresma Batista Santos

Mestrando em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Consultor jurídico da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

Resumo: O presente artigo traz um estudo de "Direito e Literatura", no qual aborda, primeiramente, da relação entre o Direito e a Literatura, como produtos da Sociedade, e posteriormente, com base no texto de "O Mercador de Veneza", de William Shakespeare, extrai os princípios do processo de execução civil da famosa cena do julgamento onde o personagem Shylock exige uma libra de carne de Antônio, o Mercador, como garantia de um contrato de empréstimo.

Palavras-chave: Direito e Literatura. Direito Processual Civil. Execução. Princípios. William Shakespeare.

Abstract: The present article brings a study of "Law and Literature", in which broaches, at first, the relation between Law and Literature, seen as products of the Society, and, after, based in the text of "The Merchant of Venice", of William Shakespeare, extracts the principles of civil execution from the well-known scene of the judgement where the character Shylock demands a pound of fresh of Antonio, the Merchant, as collateral of a loan contract.

Keywords: Law and Literature. Civil Procedural Law. Execution. Principles. William Shakespeare.

> *"Não pensem que haja só continentes geográficos, formados de terra, mar etc. Há continentes de outra natureza, que são os da história e da cultura, os do conhecimento e do operar do homem. Cada um de nós elege um país em um dos continentes do saber, para o seu conhecimento e sua morada. Uns escolhem a Matemática, outros a Física, ou a Medicina; os senhores vieram conhecer o mundo do Direito. Qual a natureza desse mundo jurídico que nos cabe conhecer? Quais as vias que devemos percorrer, na perquirição de seus valores?*

(...) *Que laços existem entre o fenômeno jurídico e o fenômeno artístico?"* Miguel Reale

1. Direito e Literatura: conflito ou complemento?

Ao prezado leitor que, ao olhar com curiosidade ou estranheza o título, teve a iniciativa de ler as primeiras linhas deste artigo, as sinceras boas-vindas. Como se pode notar na epígrafe deste texto, um trecho retirado de uma conhecida obra do professor *Miguel Reale*, apesar de termos escolhido o Direito para ser a pátria de nosso saber, as suas fronteiras são extensas, margeando e se comunicando com muitas e diversas áreas do saber acadêmico.

Realmente, como se mostrará ao longo deste texto, o conhecimento tratado pela Ciência Jurídica não é um conhecimento autossuficiente, que se basta em si mesmo; ao contrário, de nada serviria o Direito se seus operadores não ousassem excursionarem-se nos demais "*continentes do saber*".

Relendo as "*Lições"* do prof. *Miguel Reale*, é inevitável a lembrança das primeiras lições que todo estudante recebe ao ingressar em qualquer uma de nossas Faculdades de Direito. Não é difícil retornar à mente a lembrança de algum professor nosso, logo nas primeiras aulas na Faculdade, a iniciar sua lição trazendo um brocardo latino que ficaria, por anos e anos a fio, guardado na mente de todo bacharel: *ubi societas, ibi jus*. Onde está a Sociedade, está o Direito.

E têm razão, neste ponto, os nossos velhos professores. Em qualquer tempo e espaço, sempre onde houve uma sociedade humana, inevitavelmente houve a necessidade de uma ordem jurídica, ora um pouco mais, ora um pouco menos complexa, para regular o convívio de seus integrantes.

Esse postulado é confirmado pelas teorias contratualistas e, mais recentemente, pelas neocontratualistas, como a de *John Rawls*, a qual, fundamentada no princípio que "*a justiça é a virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento*", defende que a busca e a manutenção de uma organização social exige a existência de um conjunto de princípios, os "*princípios da justiça social*", os quais "*fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade*

e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social".[1]

Assim, se onde está a Sociedade, está o Direito, também há verdade na recíproca: *ubi jus, ibi societas*, pois, retornando às "*Lições"* de *Miguel Reale*, não é possível "*conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade*".[2] Em outras palavras, da mesma forma que a Sociedade precisa de normas jurídicas para se organizar, o Direito, ao seu turno, também precisa da Sociedade, pois, em sendo um fenômeno social, somente em seu seio é que ele encontra utilidade e pode ser aplicado e se desenvolver. Está aí, segundo *Reale*, a sua característica de *socialidade*.

Seria desnecessário dizer ao leitor que essa simbiose não se restringe a um plano macroscópico do Direito e da Sociedade; ao revés, essa interação se dá, outrossim, tanto com os frutos do Direito, como o *Processo*, como também com os frutos da Sociedade, como as ciências sociais ou as expressões sociais, em especial a *Cultura* e a *Arte*.

É nesse sentido que o professor italiano *Michele Taruffo*, "*após ter examinado alguns aspectos sobre os quais a cultura influencia sobre o processo civil, se põe a pergunta recíproca, relativa ao modo em que o processo civil influencia sobre a cultura*."[3]

Complementa, ainda, o professor da Universidade de Pávia que o processo, na sua substância, não é apenas pura técnica e o seu conhecimento não se exaure somente na cultura técnica. A *técnica*, para ele, serve apenas para fabricar o instrumento processual, enquanto que a *ideologia* determina os escopos que o processo deve alcançar. Ambos são conjuntamente necessários e separadamente insuficientes. "*La tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente*".[4]

E uma das principais fontes da ideologia de determinada sociedade em certo momento histórico é a *Literatura*, onde permanece o registro de seus conflitos, ideais, princípios e angústias.

François Ost, jusfilósofo belga de nossa atualidade, ao tratar a Literatura como *fonte do imaginário jurídico*, lembra-nos que "*a literatura não é alheia às normas e às*

[1] *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 1997. pp. 3-6, *passim*.
[2] *Lições Preliminares de Direito*. 20ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 2.
[3] Cultura e Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano: Giuffrè, 2009. p. 90.
[4] *Ibid.* p. 71. Em tradução livre, "*a técnica sem a ideologia é vazia; a ideologia sem a técnica é impotente.*"

formas instituídas"[5], pois, mesmo ao fazer registro de uma personagem individualmente, o alcance de sua percepção das nuances da Sociedade (inclusive de seu Direito vigente) pode tomar proporções coletivas ou mesmo universais.

E lembrando-nos de outro brocardo latino (brocardos, aliás, tão estimados pelos juristas como são os ditados populares de qualquer sociedade), *François Ost* propõe que, da mesma forma que o Direito se origina do fato (*ex facto jus oritur*), pode-se dizer também que *ex fabula jus oritur, i.e.*, é da narrativa que sai o Direito. Sendo ambos frutos da Sociedade, ou melhor, de seu imaginário coletivo, Direito e Literatura se destoam e se complementam num jogo onde "*entre o 'tudo é possível' da ficção literária e o 'não deves' do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto*".[6]

Entretanto, será que desta relação tão íntima entre Direito e Literatura poder-se-ia extrair de uma obra literária, escrita há alguns séculos, princípios jurídicos vigentes até os dias de hoje? De modo mais especial, poder-se-ia extrair não princípios gerais do direito, mas princípios processuais específicos, como os que regem a execução civil, que atualmente se desdobra no cumprimento de sentenças e na execução de títulos extrajudiciais?

Este é o desafio proposto neste artigo. E, para tanto, necessita-se de uma obra universal, cuja narrativa ultrapasse as barreiras do tempo e mexa com o senso de justiça de cada ser humano, mesmo após séculos de sua criação. Recorramos, pois, a *William Shakespeare*, o Bardo da Inglaterra, tido como o maior escritor da língua inglesa e um dos maiores dramaturgos da humanidade.

2. William Shakespeare e "*O Mercador de Veneza*"

Na literatura inglesa, não há figura mais conhecida e, ao mesmo tempo, tão pouco documentada que William Shakespeare. Por ter falecido em sua cidade natal, Stratford-upon-Avon, em 23 de abril de 1616, dia da festa de São Jorge,[7] padroeiro da

[5] *Contar a Lei*: As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 20.
[6] *Ibid.* pp. 23-24.
[7] E, hoje em dia, na Grã-Bretanha, comemora-se também nesta data o *Dia de Shakespeare*. Por curiosidade, o leitor pode acessar o seguinte endereço *internet* < http://www.google.com/logos/logos10-2.html >, onde encontrará um *Doodle* (imagem comemorativa) publicado no *Google UK* em 23 de abril em homenagem a São Jorge e ao *Shakespeare`s Day*.

Inglaterra, adotou-se por tradição este mesmo dia como se fosse o da data de seu nascimento, em 1564. Tradição esta que nasce da falsa premissa que, no reinado de Isabel I (*Elizabeth I*), os batismos ocorriam sempre três dias após o nascimento da criança,[8] corroborada com a anotação do batismo do bebê *Guillelmus filio Johannes Shakespeare* em 26 de abril daquele ano no Registro Paroquial da Igreja da Santíssima Trindade.

É surpreendente como este homem, que, com tanta cultura, brincava com as palavras do então florescente inglês moderno (língua originada no século XV com a unificação do inglês medieval com base no dialeto londrino), tenha nascido em uma família cujos pais, *John* e *Mary Shakespeare*, eram analfabetos, mesmo tendo o pai participado ativamente da vida política da cidade e alcançado o posto de prefeito.

Contudo, talvez tenha justamente a importância de John Shakespeare na vida política de Stratford-upon-Avon permitido que seu filho William, o terceiro de seis filhos, pudesse ter frequentado a escola paroquial de Stratford-upon-Avon (cujos documentos foram queimados, infelizmente, num incêndio no século XVIII), como mostram as referências ao estudo de gramática por um menino, chamado William, na comédia "*As Alegres Comadres de Windsor"*, bem como as inúmeras citações, expressas ou indiretas, em outras peças de William Shakespeare a autores clássicos como *Ovídio* e *Sêneca*, cujas obras foram lidas, certamente, durante as suas lições de latim ministradas na *grammar school*.[9]

Apesar de ter frequentado as aulas até o final do *grammar school*, o jovem William não pôde ir à universidade, o que não era incomum à época, mesmo para pessoas com nível social e econômico superior ao da casa de Shakespeare. Mas este fato nos é relevante, pois foi provavelmente aí que iniciou a sua relação com o Direito; isso porque John Shakespeare, além de homem público, era comerciante (mais exatamente, era luveiro) e, por volta de 1578, se viu em grandes dificuldades financeiras, tendo sido obrigado a hipotecar, no ano seguinte, o dote de sua esposa, além de propriedades.

E, em 1580, vencida uma hipoteca de 40 libras (o equivalente, hoje, a aproximadamente £20.000), iniciou-se um longo conflito judicial, seguido da distribuição de outro processo pelos mesmos credores cobrando-lhe as dívidas não- -saldadas.

[8] HOLDEN, Anthony. *Shakespeare*. São Paulo: Ediouro, 2003. p. 21.
[9] HELIODORA, Barbara. *Por que ler Shakespeare.* São Paulo: Globo, 2008. p. 18

Além das prováveis cobranças dos credores de seu pai, William Shakespeare, ao ir para Londres, teve contato com estudantes das recém-criadas universidades, inclusive de Direito. Também, uma vez em Londres, William continuaria, em 1589, a reclamar seus direitos, em litisconsórcio com seus pais, num tribunal em Westminster em face de seu primo *John Lambert* a fim de reaver a propriedade da família hipotecada na região de Asbies. Se, por um lado, a família Shakespeare nunca obteve êxito em suas causas judiciais, por outro, William, que sempre mostrou, em suas obras, ser um grande observador do espírito e das ações humanas, certamente adquiriu um conhecimento que lhe renderia uma de suas melhores peças teatrais.

Assim, vê-se que os tribunais ingleses não lhe eram um ambiente estranho. Mesmo que inóspitos, eram um ambiente conhecido por William Shakespeare desde a sua adolescência. Ademais, as demandas de cobranças neles propostas e os procedimentos das cortes, pouco a pouco, perdiam para Shakespeare o seu lado ritualista e ganhavam sentido em sua mente ao ponto de o Bardo poder recriar com perfeição um julgamento, sem se olvidar, todavia, de enchê-lo com elementos cênicos.

Outro acontecimento em Londres, dez anos antes da chegada de Shakespeare à capital do reino, seria importante em sua história, de modo a modificar, para sempre, a dramaturgia ocidental e influenciar toda a obra de Shakespeare. Em 1576, *James Burbage*, um marceneiro que virou ator, inspirado nos pátios das hospedarias onde as trupes de atores, até então, encenavam em troca do pagamento de ingresso, resolveu criar um lugar próprio para as apresentações cênicas. Inspirado na palavra grega *théatron* (θέατρον), termo que designava a arte de interpretar ou contar uma estória, Burbage criou a primeira "casa de peças", o *Theatre*, cujo nome batizaria para sempre esse novo gênero de casas de espetáculos dramatúrgicos.

Foi com este novo e original equipamento cênico do teatro elisabetano que William Shakespeare desenvolveu suas peças, aproveitando-se de todos os seus recursos, como o "sotão" para a famosa cena da bancada de "*Romeu e Julieta"* e o "inferno", um alçapão no palco exterior, para fazer surgir em cena o fantasma do Rei da Dinamarca, o pai de "*Hamlet"*.

Entretanto, um lugar fechado naquela época podia trazer inconveniências, principalmente em épocas de surtos de doenças. É o que ocorreu em meados de 1592 até o final de 1594, quando Londres sofreu com um surto de peste negra e todos os teatros

foram, por ordem real, fechados. É nesta época que Shakespeare se dedicou à poesia e escreveu os seus famosos "*Sonetos"*, além dos poemas "*Vênus e Adônis"* e "*O Rapto de Lucrécia"*, sendo reconhecido como escritor, num tempo onde a dramaturgia não era tida por atividade literária,

Reabertos os teatros, William Shakespeare ingressaria na companhia teatral dos *Lord Chamberlain's Men* (Homens do Lorde Camerlengo), tendo a árdua tarefa de trazer, novamente, o público às casas de espetáculos do grupo, primeiramente ao velho *Theatre* e, posteriormente, ao *Globe*, construído com as madeiras daquela primeira casa. Amadurecido em sua arte, ele escreveu, entre 1596 e 1597, a peça "*O Mercador de Veneza*", obra na qual, pela primeira vez, Shakespeare apresentou um tema sério (justamente, o julgamento da cobrança de uma dívida em um tribunal instaurado diante do *Doge* de Veneza) em uma comédia.

Esta peça, cuja cena deste julgamento (Ato IV, Cena I) se encontra no Anexo deste artigo, é bem resumida em seu próprio título original: "*A excelentíssima História do Mercador de Veneza. Com a extrema crueldade de Shylock, o Judeu, sobre o dito Mercador, a cortar uma exata libra de sua carne; e a obtenção [da mão] de Pórcia pela escolha das três arcas.*"[10]

Barbara Heliodora, famosa crítica teatral, tradutora e estudiosa da obra de Shakespeare, faz breve, porém precisa, sinopse dos dois enredos principais desta obra:

> *"(...) A história, uma vez mais, é formada por duas tramas, com fontes diversas, para o universo de Bassanio e Porcia.*
>
> *Bassanio pede dinheiro a Antonio para fazer a corte à rica Porcia, o que em nada diminui o amor de Bassanio por ela. Antonio está sem dinheiro vivo no momento e é ao judeu Shylock que pede os 3 mil ducados necessários. Sempre agredido por Antonio no centro comercial de Veneza, Shylock quer fazer o empréstimo sem juros, mas Antonio recusa e, de brincadeira, o judeu acerta que se em três meses o empréstimo não for pago, ele terá direito a uma libra de carne de Antonio. Esse é o obstáculo de Bassanio, sendo a história da libra de carne já muito conhecida.*

[10] Tradução livre do título original da peça, em sua grafia à época: "*The moſt excellent Hiſtorie of the Merchant of Venice. VVith the extreame crueltie of Shylocke the Iewe towards the ſayd Merchant, in cutting a iuſt pound of his flesh: and the obtaining of Portia by the choice of three chests.*"

> *Em Belmonte, a rica Porcia é disputada por vários candidatos, mas, segundo os desejos de seu falecido pai, só poderá se casar com o que fizer a escolha certa entre três arcas, de ouro, de prata e de chumbo. Esse é o obstáculo, mais leve, de Porcia (...).*"[11]

De fato, Pórcia, cortejada por príncipes vindos de todas as partes do mundo, tem o obstáculo mais leve. A Antônio, o Mercador de Veneza, cabe o obstáculo mais grave: enfrentar Shylock a exigir, com faca em riste, perante o Duque de Veneza a libra de carne do Mercador a qual faz jus pela execução da garantia por ele recebida, diante da notícia no Rialto[12] que todos os navios de Antônio, carregados de especiarias e riquezas de diversas partes do globo, foram a pique em alto-mar.

Mas, por que o antagonista da peça é um judeu? Isto não teria muito sentido, visto que, segundo o historiador francês *Jacques Le Goff*, muitos agiotas e banqueiros, já no período final da Idade Média (época justamente anterior ao momento de criação do teatro isabelino), eram cristãos, que, inclusive, em seus documentos, invocavam a proteção de Cristo.[13]

Entretanto, a escolha de um judeu para o papel de antagonista da peça tem fundamento social e também jurídico (por mais incrível que possa parecer). O fundamento social é a existência, à época, na Inglaterra de um movimento antissemita, que, justamente em 1594, tomou força diante da falsa acusação de conspiração, com tentativa de homicídio, contra a vida da rainha Elizabeth I imputada ao médico da Corte, um judeu-português. Eram os judeus, à época, tidos como uma abominação ao povo, verdadeiros "*párias, nascidos apenas para serem (...) perseguidos e pilhados.*"[14]

Tanto é verdade que, partindo para o outro fundamento, o documento jurídico

---

[11] *Loc. cit.*, p. 47. Observa-se que a autora não acentuou, em seu livro, os nomes das personagens, de forma a respeitar a grafia original, em inglês, de seus nomes.

[12] Era no Mercado do Rialto, na margem oriental da Ponte do Rialto (reconstruída em 1591 e existente até os dias de hoje sobre o Grande Canal) onde se encontrava a antiga Câmara de Comércio da cidade de Veneza, que fazia as vezes das atuais bolsas de valores de nossos tempos.

[13] *Marchants et Banquiers du Moyen Age*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956. p. 85-87. O historiador, à título de ilustração, cita que os livros de comércio, àquela época, começavam assim: "*Em nome de Nosso Senhor Jesus Cristo e da Santa Virgem Maria Sua Mãe e de toda a Corte do Paraíso, que por sua santíssima graça e misericórdia nos sejam concedidos lucros e saúde, tanto no mar, como em terra, e que nossas riquezas e nossos filhos se multipliquem com a salvação da alma e do corpo. Amém*." (tradução brasileira por Antonio de Pádua Danesi em GOFF, Jacques Le. *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 88).

[14] STAUTON, Howard. *The Complete Ilustrated Shakespeare*. Reprint Edition. Woodbury, NY: Platinum Press, 1994 (reprint of the 1858-61 ed.). p. 392.

mais importante promulgado, até os dias de hoje, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum* de 15 de junho de 1215,[15] uma carta de concórdia apresentada pelos barões ingleses ao Rei João I, o Sem Terra (*Lackland*), e tida como a origem do Estado Constitucional, previa dentre os direitos a serem assegurados aos nobres (e, séculos mais tarde, ao povo), além de importantes institutos jurídicos como o julgamento por seus pares e a garantia de um Devido Processo Legal "*per legem terre"*, a norma que, se um homem morresse "*devendo dinheiro a judeus, sua esposa pode ter a sua meação e, com esta, nada pagar do débito"*.[16]

Contudo, mesmo com a sociedade inglesa e as suas leis, há anos, contra o povo semita, Shakespeare, ainda assim, humanizou em "O Mercador de Veneza" a figura de Shylock, dotando este personagem de sentimentos tão humanos, como a raiva e a revolta com o desprezo que a sociedade o trata.

Esses sentimentos de vingança no coração de Shylock serão usados, segundo *François Ost*, como forma de a Literatura, ao libertar a realidade que o Direito tenta codificar, mostrar os males e as desordens que conduzem ao "*excesso de direito – o direito aplicado ao pé da letra*" (tão prejudicial ao Homem e à Sociedade quanto a escassez de direitos), "*o direito do credor inflexível* (...) *como Shylock em relação a Antonio (...) de quem ele reclamava uma libra de carne quando lhe ofereciam várias vezes o valor correspondente"*. É a ilustração, na Literatura, do "*paradoxo profundo expresso no adágio latino 'summum ius, summa injuria' – o cúmulo do direito é também o cúmulo da injúria*".[17]

3. A busca dos princípios norteadores da execução em "*O Mercador de Veneza*"

Há, porém, na Ciência Jurídica – e, em especial, na Ciência Processual –

[15] Uma imagem da cópia que se encontra na Biblioteca Britânica pode ser acessada, com a tradução do latim para o inglês, no endereço *internet* < http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html >

[16] Tradução livre da tradução em inglês feita pela Biblioteca Britânica do art. 11 da Carta Magna: "*(11) If a man dies owing money to Jews, his wife may have her dower and pay nothing towards the debt from it. If he leaves children that are under age, their needs may also be provided for on a scale appropriate to the size of his holding of lands. The debt is to be paid out of the residue, reserving the service due to his feudal lords. Debts owed to persons other than Jews are to be dealt with similarly.*"

[17] *Loc. cit.* p. 14.

instrumentos para, justamente, evitar tais desordens.

O jusfilósofo alemão *Gustav Radbruch*, ao falar sobre Direito e Moral, responsabilizou Shylock por "*conduzir* [o Direito] *a uma simples luta de interesses sem nenhum fundo de preocupação moral, ou até mesmo à pura chicana desacompanhada de qualquer conteúdo de interesse*",[18] desvirtuando, assim, os valores do sistema jurídico.

Como lido alhures, ao citarmos o prof. *Michele Taruffo*, a técnica, sem ideologia, é vazia. É por isso que, além das *regras*, que trazem o mandamento frio e insensível da Lei, todo Sistema Jurídico, sendo uma criação humana, traz arraigado nele os valores da Sociedade a qual o criou e continua a desenvolvê-lo.

Tais valores estão no que chamamos de *princípios*, entendidos, segundo as lições do professor alemão *Claus-Wilhelm Canaris*, como:

> (...) o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele exerce aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as conseqüências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração.[19]

Os princípios, por trazerem valores ao ordenamento jurídico, tornam-se fundamentos às regras, guiando o intérprete da Lei na aplicação da norma a cada pessoa da sociedade.

Todavia, seríamos capazes de extrairmos princípios jurídicos não apenas do texto da Lei, apenas um dos diversos frutos da Sociedade, mas de outras obras sociais, como a Literatura? Mais ainda, conseguir-se-ia extrair princípios jurídicos válidos de uma obra, como "*O Mercador de Veneza*", escrita em outra época (há pouco mais de quatro séculos) e por uma pessoa que conviveu em outro sistema jurídico (o sistema anglo-saxão ou *Common Law*) distinto do que foi historicamente recebido aqui no Brasil (o sistema romano-germânico ou *Civil Law*)?

Para tanto, deve-se limitar o escopo de pesquisa, pois, nesta peça, vemos

[18] *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. p. 112.
[19] *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pág. 87.

diversos aspectos jurídicos, desde a formação do contrato de empréstimo e de sua "garantia" (o que interessaria apenas ao Direito Civil), até o desenvolvimento do julgamento de uma demanda executiva: o pedido de execução de garantia de Shylock, com base em um título executivo (o contrato), em face de Antonio, o Mercador.

É exatamente este julgamento que interessa ao estudioso do Direito Processual, um julgamento "*com base nas leis de Veneza*" criadas por Shakespeare[20] para libertar, das codificações do Direito, o drama do devedor de sua própria carne e o conflito humano existente entre quem deve e quem cobra, movido por vingança, o que seria seu, de direito, por força das regras, sem refletir sobre os valores do sistema jurídico.

E é nesse julgamento que se funda a presente análise, de modo que se recomenda ao leitor que relembre esta cena (Ato IV, Cena I), que se encontra anexada ao final deste artigo, antes de prosseguir a leitura do artigo.

4. Os princípios da execução civil

Quais seriam, contudo, os princípios jurídicos da execução que se espera encontrar na obra shakespeariana em análise?

Toda sistematização de princípios acaba sofrendo influência do estudioso que a classifica, aglutinando diversos princípios e obtendo um número menor que outros doutrinadores; ou, às vezes, trazendo princípios outros e ampliando indevidamente a sua lista de princípios.

Para tanto, a fim de se evitar a tentação de diminuir o número de princípios (ainda mais quando será feita a busca desta listagem em um texto não-jurídico) ou a insensatez de se aumentar inadvertidamente o número de princípios a serem procurados, usaremos uma classificação que já tenha sido proposta anteriormente por algum doutrinador de renome em obra especializada sobre execução.

Entretanto, a enumeração e a classificação de princípios específicos do processo

[20] Repita-se, "leis venezianas" que foram criadas pela mente de *Shakespeare* para que pudesse haver a cena dramatúrgica do julgamento, uma vez que, ao contrário do que já foi escrito, uma vez, por renomado e admirado jusprocessualista brasileiro, na época de *Shakespeare* (e também na que passa a peça, isto é, no final do século XVI), nenhum ordenamento jurídico ocidental daria guarida a um pedido de extrair, como garantia, qualquer peça de carne do corpo de seu devedor. Tecnicamente falado, um pedido desse estaria fadado ao insucesso por ausência de condição da ação, a própria possibilidade jurídica do pedido. A possibilidade de executar o corpo do próprio devedor como garantia (*nexus*) para a satisfação de dívidas encontra-se abolida desde a Roma Antiga, em 326 a.C., com a promulgação, no terceiro consulado de Gaio Petélio, da *Lex Poetelia Papiria*.

de execução são encontradas apenas recentemente nas melhores obras doutrinárias.

Em obras clássicas de Direito Processual Civil, como, por exemplo, nos "*Principii di Diritto Processuale Civile*" (1923) de *Gioseppe Chiovenda*; no "*Manuale di Diritto Processuale Civile*" (1957) e no "*Processo de Execução*" (1968) de *Enrico Tullio Liebman*; e no "*Processo de Execução*" (1957) do professor português *José Alberto dos Reis* não há menção expressa a princípios próprios do processo de execução.

Portanto, devem os princípios ser buscados em alguma obra recente na qual tenha-se aprofundado devidamente o tema. Para este fim, utilizar-se-á a obra do professor *Leonardo Greco*, o seu livro denominado "*O Processo de Execução*", no qual, no primeiro volume, os princípios do processo de execução foram classificados em *princípios gerais* e em *princípios específicos*.

Para o prof. *Leonardo Greco,* os princípios gerais do processo de execução são "*as grandes diretrizes que informam o sistema normativo dessa espécie de processo*".[21] São eles os princípios: **a)** da iniciativa; **b)** do impulso processual oficial; **c)** do contraditório; **d)** dispositivo; **e)** da livre convicção; **f)** da publicidade; **g)** da lealdade; e **h)** da oralidade.

Já os princípios específicos são aqueles típicos da atividade executória, não compartilhados com outras modalidades de tutela jurisdicional. São princípios específicos do processo de execução os: **a)** que toda execução pressupõe um título (*nulla executio sine titulo*); **b)** que a execução se realiza no interesse do credor; **c)** da disponibilidade da execução; **d)** da fungibilidade do meio executório; e **e)** que a execução se dará no modo menos gravoso ao devedor.

5. A análise do julgamento de Antonio, o Mercador de Veneza

Em suas peças, Shakespeare fez bastante uso de um recurso que lhe garantiu falar das coisas da Inglaterra sem que não fosse censurado ou punido por isso. Como o leitor já deve ter ouvido, se havia "*algo de podre no Reino*" da Inglaterra, ele nunca se referia ao verdadeiro local de onde provinha o problema, mas em seu lugar fazia outras referências políticas e geográficas, como a imaginária Dinamarca do príncipe "*Hamlet*".

[21] *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I. p. 252.

O mesmo, de certo modo, ocorre no julgamento de Antônio em "*O Mercador de Veneza*". Lá, encena-se não um julgamento baseado nas verdadeiras leis venezianas, de tradição romano-germânica, mas um julgamento de *Common Law*, de equidade, como os que o Bardo e o seu público estavam acostumados a assistir nas cortes inglesas, e que, com a sua oralidade, favorece a dinâmica cênica.

A cena do julgamento começa em Veneza, numa corte de Justiça (o que nos leva a crer, o Palácio Ducal), onde entram o Doge (ou Duque) e os Magníficos (ou Senadores) de Veneza, Antônio, Bassânio e outros amigos, além do público, presente para assistir a julgamento tão extraordinário: a execução de uma libra de carne como garantia de uma dívida não honrada no prazo estipulado.

O julgamento, contudo, não será feito pelo Doge, personificação do que, aproximadamente um século e meio mais tarde, na teoria de separação dos poderes desenvolvida por *Montesquieu*, seria denominado como Poder Executivo. Como todos da cidade já conheciam a estória do litígio entre Shylock e Antônio, o Doge decidira chamar um experiente doutor de Direito de outra cidade para dirimir o conflito. Assim, de Pádua, é convidado o jurista Belário, quem todos o aguardam para julgar a demanda proposta por Shylock.

O *princípio da iniciativa* deve ser entendido como o direito de o credor – e somente ele – escolher se e quando deseja acionar o Poder Judiciário para reclamar a satisfação de seu crédito. No dizer de nosso Código de Processo Civil vigente, "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*" (art. 5.º). Por outro lado, ele também é garantia do devedor, vinda da garantia multicentenária do devido processo legal (*Due Process of Law clause)*, presente no Direito Inglês desde a Magna Carta de 1215, segundo a qual, em seu artigo 39, "[*n*]*enhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado* (...) *a não ser pelo julgamento regular* (...) *de acordo com as leis do país*".[22] Deste modo, ninguém pode ser privado de sua vida, de sua liberdade ou de seus bens, salvo se indiciado ou processado por alguém que tenha, por lei, a iniciativa de ação e demonstre, *prima facie*,

[22] No original: "*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destratur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre*". Original e tradução ao português por CARVALHO, João Soares. *Em Volta da Magna Carta*. Lisboa: Editorial Inquérito, 1993, pp. 144-145 *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. I. pp. 29-30.

ter alguma relação jurídica com a parte adversa (ou, de forma técnica, demonstre haver *interesse de agir* e *legitimidade das partes para a causa*).

Numa primeira observação, olhando apenas a cena do julgamento, parece que o princípio da iniciativa teria sido desobedecido quando o Doge manda "*chamar o judeu para comparecer perante o tribunal*".[23] Entretanto, ele é observado, sim, quando Shylock, o credor, exige, em cena anterior, "*que as condições de meu contrato sejam cumpridas; jurei que seriam executadas*. (...) *O doge me fará justiça*."[24]

O *princípio do impulso processual oficial* tem origem logo após a iniciativa do credor. Uma vez iniciado o processo, deve o Estado-Juiz dirigir o processo, velando pelo respeito de seu procedimento e pela sua rápida conclusão, em obediência aos preceitos jurídicos. Mas adverte o prof. *Leonardo Greco* que "[*c*]*onduzir o processo de execução não é apenas cumprir o rito prescrito em lei, determinando a seqüência de atos que ela estabelece, mas atento aos interesses das partes e aos objetivos da execução*".[25]

Para tanto, as partes também têm o dever de colaborar com o juiz no bom andamento e desfecho do processo.

Encontramos este princípio em alguns trechos desta cena, como na convocação do Doge de um doutor de outra cidade para decidir a causa (isto se vê nas boas-vindas do Doge a Baltasar, suposto jovem doutor em leis de Roma, que, na verdade, é Pórcia disfarçada que, com autorização e sob instrução do *dottore* Belário, seu primo, vai de Belmonte a Veneza para realizar o julgamento em seu lugar); no questionamento do Doge se o jovem doutor está "*inteirado do litígio atualmente pendente ante o tribunal*"; e, durante o julgamento, na solicitação do documento de caução ("*Deixai-me ver a caução, por favor.*") e nas diversas propostas de pagamento a Shylock de dinheiro a fim de cessar, imediatamente, a execução da garantia ("*Sê compassivo, recebe três vezes a importância da dívida; deixa-me rasgar a caução*").

O *princípio do contraditório*, oriundo diretamente da garantia há pouco mencionada do *due course of law*, merece algumas considerações quanto à sua aplicação no processo de execução.

[23] Será usada, aqui, nas citações à peça a tradução feita ao português por F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes, publicada em SHAKESPEARE, William. *Comédias e Sonetos*. São Paulo: Abril Cultural, 1981.
[24] Vide Ato III, Cena III.
[25] *Loc. cit.* p. 256

Negada a sua existência no processo de execução pelos doutrinadores clássicos até meados do século XX, os quais entendiam que, pelo fato de a atividade executiva ser "prevalentemente prática e material", "na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão",[26] o princípio do contraditório, com a evolução da Ciência Jurídica, passou a ser aceito pela doutrina no processo de execução, justamente diante deste desequilíbrio entre devedor e credor; aceito, porém, ainda de forma mitigada, devido às características peculiares do processo de execução diante das demais tutelas jurisdicionais. Assim, o contraditório foi limitado na execução unicamente ao *modus procedendi* dos meios executórios adotados pelo credor.[27]

Contudo, se entendermos o princípio do contraditório como a garantia de diálogo entre as três partes do processo, quais sejam, juiz, autor e réu (*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*); ou, em outras palavras, como o direito das partes de poderem influir eficazmente na prestação jurisdicional, independentemente de sua natureza (cognitiva, cautelar ou executiva), por meio da garantia de respeito pleno à dignidade humana, deve-se consequentemente reconhecer que o contraditório existe no processo de execução também em plenitude, devendo ele "*ser assegurado em igualdade de condições a ambas as partes,* (...) *já que o contraditório é garantia de equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito do devedor e ao seu patrimônio*".[28]

Na cena, não haveria como ser diferente. Em prol da dinâmica cênica, os diálogos entre os personagens são valorizados, até como forma de exteriorizar ao público o que se passa nas mentes deles. No julgamento de Antônio, há o constante contraditório entre o Doge e as partes e, posteriormente, entre o julgador e as partes, onde Shylock, mesmo recebendo a oferta de até três vezes a quantia devida para desistir da execução da caução, mantém a vontade de se ater ao conteúdo do contrato. Mesmo quando Shylock é impedido de cortar o pedaço da carne de Antônio, pois a "*caução não te concede uma só gota de sangue*", e é, em seguida, condenado por atentar contra a vida de um cidadão veneziano, continuam as partes a dialogar, sendo o antigo credor perdoado por Antônio, que poderia confiscar todos os seus bens, mas exige que o judeu

[26] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968. pp. 37-38.
[27] Neste sentido, NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 135-136.
[28] GRECO, Leonardo. *Loc. cit*. p. 268.

faça "*uma doação legal de tudo o que possua, no momento de sua morte, ao seu genro Lourenço e à sua filha.*"

O *princípio dispositivo* é aquele, segundo os que defendem a existência do princípio da iniciativa ou da demanda, pelo qual o juiz deve decidir a causa com base nos fatos e provas propostos e produzidos pelas partes. Mesmo não tendo o processo de execução uma carga cognitiva tão ampla como o processo de conhecimento, ainda assim há nele a aplicação do princípio dispositivo, dentro dos limites postos pelas peculiaridades daquele processo. Assim, se verifica no *script*, que, mesmo declarando ser o caso movido por Shylock estranho, Pórcia não se nega a julgá-lo nos moldes em que foi apresentado, uma vez que, "*de tal maneira legal que a lei veneziana não pode impedir que prossigais*".

O *princípio da livre fundamentação* (motivada ou fundamentada) não visa limitar a atuação do julgador, mas serve de instrumento de garantia das partes de que a decisão seja justa e lastreada em bases racionais. A fundamentação da decisão serve para mostrar às partes e à sociedade como foi obtida a decisão judicial e se ela não está viciada por opções pessoais, preconceitos ou por fundamentos ilógicos ou irracionais. Assim, torna-se uma garantia não apenas do exequente e do executado, mas também do próprio julgador de que foi cumprido o seu mister com independência e imparcialidade, deduzindo de forma fundamentada o encadeamento lógico que o levou à conclusão.

Pórcia, disfarçada de um jovem doutor, ao julgar a demanda, obedece este princípio a todo o tempo, sempre fundamentando ou justificando as suas decisões. Se, a princípio, conhece a demanda de Shylock, por mais estranha que seja, por ser "*de tal maneira legal que a lei veneziana não pode impedir*" o seu prosseguimento, ela também evita a retirada pelo agiota da medida de carne do mercador, usando os próprios termos da caução, que "*não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: 'uma libra de carne'.*" Também fundamentada é a condenação, ao final, de Shylock por ter, com o seu processo, atentado contra a vida de Antônio, pois "[e]stá escrito nas leis de Veneza que, se ficar provado que um estrangeiro, através de manobras diretas ou indiretas, atentar contra a vida de um cidadão, a pessoa ameaçada ficará com a metade dos bens do culpado; a outra metade irá para a caixa privada do Estado."

O *princípio da publicidade* se mostra como importante instrumento de garantia das partes e da própria sociedade, pois é a partir da publicidade dos atos judiciais que

todos poderão fiscalizar a atuação do Estado por meio de seus magistrados. Difere-se de censura, inaceitável em um Estado Democrático de Direito, pois se trata, aqui, de mecanismo de controle do arbítrio judicial, uma vez que as decisões judiciais, como tratado no princípio anterior (o da livre fundamentação), devem ser racionalmente fundamentadas, baseadas em fatos e concepções lógicas e livres de aspectos passionais ou pré-concebidos pelo julgador. Em outras palavras, o que se decide em um tribunal ou nos autos deve ser transparente a toda a sociedade, salvo nos casos em que a lei, para resguardar interesses maiores, como a intimidade de um casal ou de uma criança, restrinja (mas nunca impeça) a publicidade apenas às partes interessadas.

A publicidade ganha importância em casos de grande interesse da sociedade, como, por exemplo, um julgamento como o do Mercador de Veneza, se fosse real. Na peça, este princípio pode ser extraído quando, das *dramatis personae* da cena do julgamento, há a presença não apenas das partes, do Doge e dos Magníficos da cidade, mas também dos amigos de Antônio e de "*outros*", de modo que o julgamento é público. Antes de instaurado o tribunal, ao chamar Shylock para entrar no recinto, o Doge solicita aos espectadores do julgamento que deixe"-*o passar para que ele permaneça diante de nossa face*", de modo que tudo o que for dito seja de conhecimento de todos. Outrossim, após Shylock ter desprezado a quantia três vezes maior que a dívida e ser impedido de cortar a libra de carne de seu devedor sem derramar uma gota de sangue, ele reclama novamente o valor; contudo, o seu pagamento é impedido por Pórcia, sob o fundamento que "[*e*]*le o recusou em tribunal pleno. Só terá o que lhe é devido por estrita justiça*". Tudo é visto e fiscalizado pela sociedade de Veneza e, considerando que no teatro elisabetano, o público, tão próximo do palco, também interagia com os atores, também a ele foi destinada, nesta peça, a publicidade dos fictícios atos judiciais encenados.

Também é considerado no processo de execução o *princípio da lealdade ou da boa-fé*, exigido de todas as partes, mormente diante das diversas possibilidades de atrasos e chicanas que uma execução judicial pode proporcionar em benefício de uma parte mal-intencionada. Ao exigir o reconhecimento e o respeito à sua dignidade humana, a parte também deve respeito à parte adversa e ao processo, obrigando-se não apenas a proceder de acordo com a verdade, mas principalmente em colaborar com ela, sem criar impedimentos ou empecilhos, nem forçando a prática de atos inúteis ou que

retardem a prestação jurisdicional.

O jusprocessualista italiano *Piero Calamandrei*, ao comparar, em famosa obra, "*o Processo como um Jogo*", afirmou que, tal qual um jogo de xadrez ou uma partida desportiva, "*o processo (...) tem as suas regras que ambos os contendores têm que respeitar*". Em outras palavras, "[*o*] *processo não é somente ciência do direito processual* (...), *mas também é leal observância das regras do jogo*".[29]

Entretanto, nem sempre isto é possível, ora por vontade das partes, ora pelo mau aconselhamento (pois nem todo conselho necessariamente é bom) dos seus advogados, sobre os quais, já há muito tempo, *Calamandrei* denunciava que, entre eles, "*o aprazamento é, na opinião comum, a arma predileta do litígio; e o vocabulário jurídico está cheio, desde a antiguidade, de palavras que recorrem todas as matizes desta enfermidade endêmica dos juízos...*"[30]

Por motivos dramatúrgicos óbvios, este princípio é observado apenas no protagonista, que encarna todos os valores e virtudes que se espera em um bom cristão (e em todos membros da sociedade inglesa no final do século XVI). Antônio, mesmo sendo devedor, é o primeiro a estar no tribunal. Não foge da execução e da lei, mesmo isto significando a possibilidade de retirada de uma libra de sua própria carne. Ao contrário, não deseja estender a discussão entre Shylock e o suposto doutor Baltasar e suplica "*ao tribunal de todo o meu coração que tenha por bem ditar seu veredicto*".

Shylock, ao revés, em nada auxilia o tribunal, inclusive quando estava na posição de credor, negando-se a negociar a desistência da execução da garantia por até três vezes a quantia executada ou mesmo a informar as razões da propositura de sua ação, limitando-se a dizer que não deseja "dar outra razão que uma raiva refletida e um horror inveterado por Antônio, a fim de explicar por que sustento este processo ruinoso contra ele."

Último princípio geral da execução, porém de grande importância, é o *princípio da oralidade*. A falta de seu uso na prática atual dos tribunais brasileiros, apesar de haver a expressa previsão da possibilidade de audiências no processo de execução, como, *exempli gratia*, no art. 740, CPC, mesmo com a sua redação alterada em 2006, faz com que talvez cause estranheza em se falar em oralidade na execução; contudo, como escreveu *Mauro Cappelletti*, o processo não é coisa ou um bem das partes (*Sache*

[29] *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1996. p. 267 *et seq*.
[30] *Ibid*. p. 274

der Parteien), concepção esta que leva à consequente possibilidade de abusos e dilações[31] reprimidas pelo princípio, há pouco visto, da lealdade processual.

Ao revés, como propagado pelo notório Código de Processo Civil austríaco de 1895, o Processo Civil deve ser entendido como uma instituição de bem-estar social (*Wohlfahrtseinrichtung*), *i.e.*, instruído com uma concepção valorativa de justiça social que faça com que o magistrado assuma um dever de guia e de propulsão judicial não apenas *técnica e formalmente* (isto é, controlando passivamente a observância das regras de *fair play* e o ordenado e rápido desenvolvimento do procedimento), mas também *materialmente*, um:

> "*...caráter ativo e assistencial em respeito às partes, discutindo com elas a melhor formulação das demandas e exceções, colaborando com elas na busca da verdade e, em suma, atuando a fim de que a vitória seja da parte que efetivamente tenha razão e não daquela que saiba prevalecer em virtude da própria maior força econômica ou pela maior habilidade própria ou de seu defensor. Se trata (...) de um fenômeno de democratização do processo civil...*"[32]

Assim, mesmo na sociedade atual, onde o uso massivo da prova documental (seja em papel, seja com documentos digitais), às vezes como único meio de prova empregado pelas partes, tem desumanizado o processo, o prof. Leonardo Greco defende que, por força da garantia do efetivo acesso à justiça e do princípio da participação democrática (i.e., do contraditório), deve-se assegurar "aos contendores o mais amplo poder de influir eficazmente nas decisões judiciais, o que somente pode ser alcançado através do diálogo humano entre as partes e o juiz, estabelecido presencialmente e com o emprego da palavra oral",[33] em qualquer processo, mesmo no de execução que, como já visto ao tratarmos do princípio do contraditório, era tido equivocadamente, até a primeira metade do século XX, como um processo no qual não havia mais margem de diálogo, uma vez que as relações de credor e de devedor já estariam estabelecidas, seja por uma cognição judicial anterior, seja por um título extrajudicialmente firmado pelas

[31] *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972. p. 49
[32] *Ibid*. p. 79.
[33] *Loc. cit.*, pp. 296-297.

partes.

A oralidade é da própria essência da arte da Dramaturgia, de modo que não há como negar a sua ocorrência na cena do julgamento de Antônio, o que prejudica a sua análise; contudo, se fosse um julgamento real realizado entre 1590 e 1600 na Inglaterra, seus atos certamente seriam predominantemente orais, não apenas por força da tradição oral nos sistemas jurídicos da *Common Law*, mas também pela alta taxa de analfabetismo da população, o que aumentaria, naturalmente, a produção de atos falados e o uso da prova testemunhal (mesmo que, depois, fossem reduzidos a termo).

Passando-se aos princípios específicos da execução, o princípio de que toda execução pressupõe um título (*nulla executio sine titulo*) exige, até os dias de hoje, que aquele que se diz credor de outra pessoa comprove a veracidade de sua própria situação jurídica, com a apresentação de um título, com todas as formalidades exigidas em lei. Consoante a metáfora de *Francesco Carnelutti*, o título executivo funciona como se fosse um bilhete de ingresso à execução,[34] de modo que deve ser tratado como pressuposto de validade, cuja ausência acarreta a nulidade da execução.

Requisito oriundo do direito italiano desde a Alta Idade Média, quando os comerciantes de cidades mercantis, como Veneza, começaram a criar documentos de dívida que dariam origem aos atuais títulos de crédito (como a letra de câmbio e, posteriormente, a nota promissória e o cheque), o título da execução de Shylock encontra-se consubstanciado no contrato assinado voluntariamente por Antônio, em frente a um notário, como seu devedor e próprio fiador para "que, se não pagardes em tal data, em tal lugar, a soma ou as somas combinadas, a penalidade consistirá numa libra exata de vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada de não importa que parte de vosso corpo".[35] Exatamente o mesmo contrato que Antônio o reconhece nas mãos do jovem julgador, logo no início do julgamento.

O princípio seguinte é o da unilateralidade do interesse na atividade executória, ou seja, a execução se realiza apenas no interesse do credor, pois, por força do título executivo, ele é o titular do direito de executar seu crédito em face de seu devedor.

É inegável que o devedor ou executado tenha também interesse no que venha a ocorrer com ele e seus bens em um processo movido em face dele; porém, esse interesse

[34] *Lezioni di Diritto Processuale Civile – Processo di Esecuzione*. Padova: Cedam, 1932. v. 1, n.º 109, p. 222 *apud* ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 35.
[35] Ato I, Cena III.

não se iguala ao interesse de seu credor, pois, como esclarece o prof. Leonardo Greco, aquele "não é um interesse autônomo, mas sim subordinado, derivado da sujeição dos seus bens ao atos que se destinam a satisfazer à pretensão do credor."[36]

Esse princípio se vê no julgamento, onde Shylock insiste, a todo custo, em executar o que consta no contrato; em cena anterior, este personagem, furioso por ter sido abandonado por sua filha, declara expressamente ao protagonista, ao entregá-lo ao carcereiro, que quer apenas "*que sejam cumpridas as condições do contrato*".[37]

Entretanto, ao perceber que não teria como executar, efetivamente, a libra de carne sem derramar uma gota de sangue, Shylock tenta desistir de executar a garantia, como estipulada no contrato, e obter o valor do mútuo anteriormente oferecido por Bassânio. Ao ser negado o recebimento do valor, Shylock desiste expressamente de sua execução, blasfemando e dizendo que não permaneceria mais tempo ali, no tribunal, discutindo. Esta é a manifestação do *princípio da disponibilidade da execução*, princípio este que assegura ao exequente, a qualquer tempo, o direito de dispor, *i.e.*, de desistir voluntariamente da execução ou de algumas de suas medidas executórias, sem necessitar de qualquer concordância de seu executado. É claro que tal desistência não atinge os atos e decisões judiciais já operadas no processo. E, em nosso ordenamento jurídico, se opostos embargos pelo devedor, estes somente serão extintos juntos com a execução, sem a concordância do executado, se tratarem apenas sobre questões processuais (art. 569, CPC).

A fungibilidade do meio executório é o princípio específico da execução que permite a busca do melhor meio para a execução do crédito pelo magistrado, pois, como recorda o prof. Leonardo Greco, "[o] que identifica a demanda executória não é a providência jurisdicional pleiteada pelo exequente, mas a prestação constante do titulo".[38] Este princípio está intimamente ligado ao último, o da menor onerosidade possível, consagrado no art. 620, CPC, na possibilidade de escolha pelo juiz, dentre os vários meios que o credor tenha à disposição para promover a execução, o que seja menos gravoso ao devedor.

Para evitar, como citado bem acima, os nocivos *excessos de direito*, onde a Lei é desvirtuada de seus valores para atender unicamente à satisfação econômica – ou,

[36] *Loc. cit*. pp. 305-306.
[37] Ato III, Cena III.
[38] *Loc. cit.*, p. 307.

algumas vezes, até pessoal – do credor, deve o magistrado, com uso do contraditório e, quando possível, da oralidade, sopesar os interesses em conflito e buscar a satisfação do crédito, respeitando a dignidade do devedor. É inegável, aqui, a existência de conflito e, logo, de uma jurisdição contenciosa, onde os interesses tanto do credor, como do devedor, podem, algumas vezes, ultrapassar as raias do razoável (ainda mais em um processo ou em uma fase processual cujo objetivo é concretizar o direito já obtido por força de um título, judicial ou não), devendo sempre ser contidos por um julgador que não seja passivo ou omisso.

No exemplo da peça, é claro o interesse de Pórcia de preservar o seu dote, além de salvar a vida do amigo de seu marido, o que, por óbvio, violaria o princípio da imparcialidade do juiz; mas, dando a Literatura a liberdade que o Direito não nos concede, pode-se ver, nos diálogos do incooperativo Shylock com o Doge e, depois, com Pórcia, que, ao longo do julgamento, busca-se convencer o usurário, em uma verdadeira tentativa de conciliação, a desistir de executar a sua macabra garantia e aceitar a quantia ofertada por Bassânio, que chega ao triplo da soma devida, em prol da vida de Antônio; todavia, como o banqueiro se mostra relutante no seu propósito de tirar, a qualquer custo, uma libra de carne do mercador que tanto o humilhava no Rialto, Pórcia primeiramente manda Shylock providenciar, além de sua faca, "um cirurgião (...) para vedar-lhe as feridas, a fim de impedir que sofra uma sangria e morra", para depois ordenar ao judeu que "não derrames sangue e não cortes nem mais, nem menos, do que uma libra de carne". Mais ainda, por ter publicamente desistido do recebimento de qualquer quantia para obter a sua "justa*"* libra de carne, Shylock é impedido de receber dinheiro de Bassânio, tendo, nas palavras de Pórcia, "*justiça completa* (...). [*Só*] *a execução das cláusulas penais estipuladas*", sem, poder, no entanto, derramar uma gota de sangue sequer de seu devedor.

6. Conclusões

O leitor mais atento certamente reclamará que muitas destas garantias somente foram reconhecidas (ou, se for mais cético ou juspositivista, dirá que somente foram criadas) séculos após a publicação e a encenação de "*O Mercador de Veneza"* nos palcos de *The Globe Theater*.

É verdade, mas isto não impede que se possa reconhecer, por meio do olhar atento de William Shakespeare sobre o ser humano e a Sociedade, a gênese de direitos processuais fundamentais que viriam a ser positivados, séculos mais tarde, nos Códigos e nas Cartas Constitucionais.

Tal reconhecimento tardio não foi fruto de uma criação espontânea, mas de séculos de lutas e conflitos por estes princípios e garantias. Não se pode esquecer que, em torno do ano de 1600, muitas das garantias impostas pelos barões ao Rei João I em 1215 já estavam arraigadas no consciente da sociedade inglesa, como a garantia a todos de julgamento por um júri, composto de seus pares, antes de lhe serem retiradas a vida, a propriedade ou a liberdade; ou a de inviolabilidade do lar, mesmo que pela própria Rainha, em pessoa. Os reflexos da *Magna Charta Libertatum* já se encontravam vivos na sociedade inglesa do final do século XVI e início do século XVII e não causa nenhuma surpresa vê-los retratados, mesmo que indiretamente, em uma peça de William Shakespeare, onde a moral e a justiça são postas, mais uma vez, em conflito – ou melhor, em cena.

Verdade seja dita, não se trata de mera coincidência encontrarmos todos os princípios do processo de execução nesta peça teatral. Partindo da premissa lançada no início deste artigo que o Direito é produto social, assim como as Artes, é possível que o Direito se origine de qualquer fato social, inclusive se este fato se encontrar em prosa, em verso ou ainda no texto de alguma peça de teatro.

Da mesma forma que, também no início do artigo, foram lembradas as primeiras lições que todos nós, eternos alunos de Direito, tivemos em nossos bancos escolares, não podemos esquecer que a arte da Dramaturgia tem muito a acrescentar, desde a Antiguidade, à Ciência Jurídica. E não é difícil de se lembrar, destas mesmas aulas, da ousadia da personagem "*Antígona"*, criada pelo dramaturgo grego *Sófocles*, a qual desafiou as leis da cidade de Tebas (e de seu próprio tio, o Rei Creonte), para, em obediência às leis divinas, dar o devido sepultamento a seu irmão Polinice.

Tratar de execução (há que se admitir) não é um dos temas preferidos para a maioria dos que estudam Direito, infelizmente. Talvez isto até explique porque, quando esta se inicia, os autos são deixados muitas vezes de lado nos cartórios, sem a devida atenção ou andamento. Espera-se, contudo, que este artigo tenha cumprido a função não apenas de, como um estudo de *Direito e Literatura*, ter identificado e extraído

princípios jurídicos de uma das mais importantes obras da Dramaturgia já produzidas, mas também de ter proporcionado um estudo mais agradável a você, leitor, dos princípios que norteiam a execução, bem como das consequências da Lei, quando aplicada dissociada dos Valores que a orientam.

> *"Não façamos da lei um espantalho, arvorando-o logo de início para espantar as aves de rapina, deixando-o, depois, imóvel, até que o hábito faça dele seu poleiro e não o objeto de seu terror."* William Shakespeare. *Medida por Medida.* Ato II, Cena I.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: El Foro, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. I.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972.

CHIOVENDA, Gioseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923.

GOFF, Jacques Le. *Marchants et Banquiers du Moyen Age*. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.

_____. *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I.

HELIODORA, Barbara. *Por que ler Shakespeare*. São Paulo: Globo, 2008.

HOLDEN, Anthony. *Shakespeare*. São Paulo: Ediouro, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.

_____.*Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OST, François. *Contar a Lei*: As fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*. Coimbra: Ed. Coimbra,

1957.

SHAKESPEARE, William. *Comédias e Sonetos*. São Paulo: Abril Cultural, 1981.

STAUTON, Howard. *The Complete Ilustrated Shakespeare*. Reprint Edition. Woodbury, NY: Platinum Press, 1994 (reprint of the 1858-61 ed.).

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano: Giuffrè, 2009.

ANEXO: Ato IV, Cena I de "O Mercador de Veneza", de William Shakespeare

Tradução, de autoria desconhecida para a língua portuguesa, retirada do sítio *internet* governamental "Domínio Público" < www.dominiopublico.gov.br >.

ATO IV

Cena I

Veneza. Uma corte de justiça. Entram o doge, os senadores de Veneza, Antônio, Bassânio, Graciano, Salarino, Salânio e outros.

DOGE - Está presente Antônio?

ANTÔNIO - Às ordens de Vossa Graça.

DOGE - Causa-me pena a tua situação. Vieste a esta barra para defrontar-te com um inimigo de pedra, um celerado desumano, incapaz de comover-se, vazio e carecente de uma dracma de comiseração.

ANTÔNIO - Soube que Vossa Graça tem-se esforçado muito e muito para atenuar seu rigoroso curso.

Mas já que endurecido ele se mostra e que meio legal nenhum me livra do alcance de seu ódio, oponho minha paciência ao seu furor e me declaro armado para

suportar com grande tranqüilidade de alma a tirania e a cólera da sua.

DOGE - Alguém daí introduza o judeu logo na sala.

SALARINO - À porta já se encontra. Aí vem, senhor.

(Entra Shylock)

DOGE - Afastai-vos, porque ele ficar possa diante de nós. Shylock, o mundo pensa, e eu também como todos, que tencionas persistir nessas provas de crueldade somente até à última hora do processo, depois do que, se diz, irás mostrar-nos doçura e consideração mais raras do que esse gesto de crueldade inculca. Em vez de, agora, a multa reclamares - uma libra de carne deste pobre mercador - não somente vais dizer-nos que o castigo dispensas, como, ainda, levado pelo amor e o sentimento de humanidade, perdoarás metade da dívida, atendendo às grandes perdas que pesaram sobre ele ultimamente, perdas capazes de deitar por terra um mercador real, e compassivos de sua desventura deixar peitos de bronze e duros corações de pedra de turcos inflexíveis e de tártaros às práticas estranhos do serviço da meiga cortesia. Ora aguardamos resposta branda; todos nós, judeu.

SHYLOCK - Já expus a Vossa Graça o que pretendo, como jurei por nosso santo Sábado cobrar o estipulado pela multa. Se mo negares, que com o risco seja das leis e liberdades de Veneza. Decerto haveis de perguntar-me a causa de eu preferir um peso de carniça a ter de volta os ricos três mil durados. E então? Se um rato a casa me estragasse, e para envenená-lo eu resolvesse gastar dez mil ducados? Não vos basta semelhante resposta? Há muita gente que não suporta ouvir grunhir um porco; outros, ao ver um gato, ficam loucos; e outros, ainda, que ao fanhoso canto da cornamusa a urina não retêm. É que a impressão, senhora dos instintos, vos faz odiar ou amar, como apetece. Para voltarmos ao que perguntastes, vos direi que assim como não podemos apresentar razão satisfatória da antipatia de um pelo grunhido do porco, da daquela pela vista de um gato necessário e inofensivo, da do outro pela inflada cornamusa, sendo força cedermos ao opróbrio inevitável de ofendermos, quando nos virmos ofendidos: de igual modo, não sei de outra razão, nem saber quero, se não for o ódio inato e a repugnância que Antônio me desperta e que me leva a persistir assim numa demanda tão onerosa. Dei-vos a resposta?

BASSÂNIO - Isso não é resposta, homem de pedra, que justifique a tua crueldade.

SHYLOCK - Não tenho obrigação de ser amável no que te responder.

BASSÂNIO - Acaso a morte dão os homens a tudo o que não amam?

SHYLOCK - E quem não mataria quanto odeia?

BASSÂNIO - Nem toda ofensa, de princípio, é ódio.

SHYLOCK - Como! Consentirias que uma serpe te picasse duas vezes?

ANTÔNIO - Por obséquio, refleti que tratais com um judeu. De tanto vos servira ir para a praia e às ondas ordenar que se abaixassem; de tanto vos servira ao fero lobo perguntar sobre a causa de ter feito balar o cordeirinho atrás da ovelha; de tanto vos servira aos altos pinhos da montanha proibir que o topo agitem e que façam rumor, quando a tormenta do céu os deixa inquietos... Sim, primeiro conseguiríeis realizar as coisas mais duras, do que fora só quererdes abrandar - e que pode ser mais duro? - seu coração judeu. Por isso eu peço nada mais lhe oferecerdes, nem tentardes qualquer outro recurso, mas depressa me julgardes segundo as leis da terra, deixando que o judeu realize o intento.

BASSÂNIO - Em vez dos teus três mil ducados dou-te seis mil agora.

SHYLOCK - Se essas moedas todas desses seis mil ducados, divididas em seis partes ficassem, e cada uma fosse um ducado, nelas não tocara. Persisto em exigir a minha letra.

DOGE - Se piedade não mostras, como podes esperar encontrá-la?

SHYLOCK - Que castigo tenho a temer, se mal algum eu faço? Possuís muitos escravos, que como asnos, cães e mulos tratais, e que em serviços empregais vis e abjetos, sob a escusa de os haverdes comprado. Já vos disse que os pusésseis, acaso, em liberdade? que com vossas herdeiras os casásseis? por que suam sob fardos? que lhes désseis leitos iguais aos vossos? e iguarias que como ao vosso paladar soubessem? Em resposta, decerto, me diríeis: "Os escravos são nossos". De igual modo vos direi, em resposta, que essa libra de carne, que ora exijo, foi comprada muito caro; pertence-me; hei de tê-la. Se esse direito me negardes fora com vossas leis! São fracos os decretos de Veneza. E ora aguardo o julgamento. Respondei-me: dar-me-eis o meu direito?

DOGE - Tenho o poder de dissolver a corte, se Belário, um jurista muito douto que mandei vir para estudar o caso, não puder chegar hoje.

SALARINO - Acha-se aí fora, senhor, um mensageiro que vos trouxe cartas desse doutor; veio de Pádua.

DOGE - Traze-me as cartas; chama o mensageiro.

BASSÂNIO - Que é isso, Antônio? Alegra-te! Coragem! Há de o judeu tirar-me o sangue, a carne, os ossos, antes de por mim perderes uma gota sequer do rubro sangue.

ANTÔNIO - Eu sou a ovelha doente do rebanho, marcada para a morte. O mais mirrado fruto cai da árvore primeiro; o mesmo se passa ora comigo. Melhor coisa, Bassânio, não farás do que viveres para o meu epitáfio redigires.

(Entra Nerisssa, em trajes de escrivão.)

DOGE - Vistes de Pádua? Do Doutor Belário?

NERISSA - De ambas as partes, meu senhor; Belário saúda Vossa Graça.

(Entrega-lhe uma carta.)

BASSÂNIO - Por que amolas essa faca com tanta persistência?

SHYLOCK - Para cortar a multa do falido.

GRACIANO - Não é na sola do sapato, é na alma, judeu perverso, que amolá-la deves. Mas não se acha metal algum, nem mesmo cutelo de carrasco, que a metade tenha do corte de tua dura inveja. As orações não podem comover-te?

SHYLOCK - Não; nenhuma de quantas teu espírito pudesse conceber.

GRACIANO - Oh! Sê maldito, inexorável cão, e que a justiça seja acusada, só por teres vida. Quase me fazes abalada a crença, para aceitar a idéia de Pitágoras, de que as almas dos brutos passar podem para o corpo dos homens. Teu espírito de cão é governado por um lobo enforcado por crime de homicídio. A alma nefanda, ao se escapar da forca, entrou em ti, quando no ventre estavas de tua mãe maldita. Eis o motivo de só teres instintos sanguinários, ferinos, esfomeados e vorazes.

SHYLOCK - Se não consegues desfazer o selo de minha letra, por gritares tanto só cansas os pulmões. Cura esse espírito, mocinho, se não queres que apodreça. Só vim aqui para impetrar justiça.

DOGE - A carta de Belário recomenda-nos um jurista erudito e muito moço. Onde está ele?

NERISSA - Aí fora, à espera, apenas, de que o mandeis entrar.

DOGE - Com todo o gosto. Três ou quatro pessoas o introduzam na sala com a devida cortesia. Tome conhecimento, entanto, a Corte, com o que Belário diz em sua carta.

ESCRIVÃO - "Saberá Vossa Graça que ao receber vossa carta eu me encontrava gravemente doente. Mas justamente à chegada de vosso emissário eu recebia a agradável visita de um jovem doutor de Roma, de nome Baltasar. Expus-lhe o motivo da controvérsia entre o judeu e o mercador Antônio; juntos, compulsamos muitos livros; ele esposa minha opinião, que, secundada por seu próprio saber - cuja profundidade eu não poderia elogiar suficientemente - ante a minha insistência, ele vos leva, para atender, em meu lugar, ao chamado de Vossa Graça. Insisto junto de Vossa Graça no sentido de que os seus poucos anos não sirvam de obstáculo para que lhe venha a faltar o devido apreço, pois nunca tive conhecimento de um corpo tão moço com uma cabeça tão velha. Entrego-o ao vosso gracioso acolhimento, na certeza de que essa prova será a sua melhor recomendação."

DOGE - Ouvistes as palavras do erudito Belário. E eis que nos chega o seu colega, se não me engano.

(Entra Pórcia, em trajes de doutor em direito.)

Dai-me a mão. Do velho Belário foi que viestes?

PÓRCIA - Sim, senhor.

DOGE - Sois bem-vindo. Assentai-vos. É do vosso conhecimento a dissidência que hoje se discute perante nossa corte?

PÓRCIA - Conheço os pormenores da pendência. Onde está o mercador? Qual é o judeu?

DOGE - Ambos aqui presentes. Este é Antônio; este, o velho Shylock.

PÓRCIA - É vosso nome Shylock?

SHYLOCK - Assim me chamo.

PÓRCIA - Assaz estranha é a natureza dessa vossa causa. Mas as leis de Veneza não vos podem desatender, se persistis no intento.

(A Antônio.)

Estais inteiramente ao dispor dele, não é verdade?

ANTÔNIO - Assim ele o proclama.

PÓRCIA - Reconheceis a letra?

ANTÔNIO - Reconheço-a.

PÓRCIA - É, pois, preciso que o judeu se mostre clemente.

SHYLOCK - Constrangido por que meios, não podereis dizer-me?

PÓRCIA - A natureza da graça não comporta compulsão. Gota a gota ela cai, tal como a chuva benéfica do céu. É duas vezes abençoada, por isso que enaltece quem dá e quem recebe. É mais possante junto dos poderosos, e ao monarca no trono adorna mais do que a coroa. O poder temporal o cetro mostra, atributo do medo e majestade, do respeito e temor que os reis inspiram: mas a graça muito alto sempre paira das injunções do cetro, pois seu trono no próprio coração dos reis se firma; atributo é de Deus; quase divino fica o poder terreno nos instantes em que a justiça se associa à graça. Por tudo isso, judeu, conquanto estejas baseado no direito, considera que só pelos ditames da justiça nenhum de nós a salvação consegue. Para obter graça todos nós rezamos; e é essa mesma oração que nos ensina a usar também da graça. Quanto disse, foi para mitigar o teu direito; mas, se nele insistires, o severo tribunal de Veneza há de sentença dar contra o mercador.

SHYLOCK - Que os meus atos me caiam na cabeça. Só reclamo a aplicação da lei, a pena justa cominada na letra já vencida.

PÓRCIA - Não pode o mercador pagar a dívida?

BASSÂNIO - Pode, sim; deposito ante esta corte, ele, essa importância... não, o dobro. Caso isso ainda não baste, comprometo-me a dez vezes pagar a mesma dívida, no que empenho a cabeça, as mãos, o próprio coração. Caso, ainda, isso não chegue, fica patente que a malícia vence, neste pleito, à lisura. Assim, suplico-vos torcer a lei uma só vez, ao menos; tendes força para isso. Uma injustiça pequena cometei, para fazerdes uma grande justiça, assim frustrando no seu intento a este cruel demônio.

PÓRCIA - Não é possível; força alguma pode em Veneza mudar as leis vigentes. Muitos abusos, ante um tal exemplo, viriam a insinuar-se na república. Não pode ser.

SHYLOCK - Daniel veio julgar-nos! Sim, um novo Daniel! Oh, sábio e jovem juiz, como eu te acato!

PÓRCIA - Por obséquio, mostrai-me a letra; quero examiná-la.

SHYLOCK - Aqui está ela, muito reverendo doutor; aqui está ela.

PÓRCIA - Três importes da dívida, Shylock, te oferecem.

SHYLOCK - Um juramento! Um juramento! Tenho no céu um juramento. Poderia na alma lançar o fardo de um perjúrio? Nem por toda Veneza.

PÓRCIA - O documento já está vencido. Legalmente pode reclamar o judeu, por estes termos, uma libra de carne, que ele corte de junto ao coração do mercador. Sê

compassivo; aceita triplicada a importância da dívida e permite-me rasgar o documento.

SHYLOCK - Após o vermos liquidado de acordo com seus termos. Mostrastes ser juiz de grande mérito; conheceis bem as leis; foi muito clara a exposição de há pouco. Assim, intimo-vos, pela lei de que sois um dos pilares mais dignos, a emitir o julgamento. Juro pela minha alma que nenhuma língua humana é capaz de demover-me de minha decisão. Só quero a letra.

ANTÔNIO - De todo o coração suplico à corte pronunciar a sentença.

PÓRCIA - Pois que seja. Consiste a decisão em preparardes o peito para a faca do credor.

SHYLOCK - Oh nobre juiz! Oh extraordinário jovem!

PÓRCIA - Pois a intenção e o espírito da lei estão de acordo com a penalidade cominada na letra.

SHYLOCK - É muito certo. Oh juiz íntegro e sábio! Quanto, quanto mais velho não serás do que aparentas!

PÓRCIA - Descobri, pois, o peito.

SHYLOCK - Sim, "o peito", tal como está na letra; não é isso, nobre juiz? "Bem junto ao coração", são seus termos explícitos.

PÓRCIA - É certo. Já deixastes a jeito uma balança para pesar a carne?

SHYLOCK - À mão tenho uma.

PÓRCIA - E um cirurgião, Shylock, contratastes, para evitar que Antônio a morrer venha, por grave hemorragia?

SHYLOCK - Estipulado se encontra isso na letra?

PÓRCIA - Expressamente, não; mas que importa? Fora conveniente que assim fizésseis, só por caridade.

SHYLOCK - Não posso achá-lo; isso não há na letra.

PÓRCIA - Mercador, tendes algo a declarar?

ANTÔNIO - Muito pouco; estou pronto e preparado. Bassânio, a mão. Adeus. Não seja causa de vos amofinardes a desgraça que padeci por vós, porque a Fortuna, no meu caso, se mostra mais benigna do que de hábito. Sempre ela permite que sobreviva o mísero à opulência, porque ver possa com vincada fronte e olhos cavados a velhice pobre. Ela me poupa o sofrimento longo de semelhante dor. Recomendai-me a vossa nobre esposa e relatai-lhe como Antônio morreu; dizei-lhe quanto amor vos dedicava e

enaltecei-me depois de morto. E após terdes contado tudo o que se passou, ela que julgue se Bassânio não foi, realmente, amado. Não lastimeis a perda de um amigo, que ele não se lastima por ter pago a dívida por vós. Se fundamente me cortar o judeu, no mesmo instante de coração liquidarei meu débito.

BASSÂNIO - Antônio, desposei uma pessoa que me é tão cara quanto a própria vida. Mas essa vida, a esposa, o mundo inteiro são por mim avaliados ainda em menos do que tua existência. Conformará-me em perder todos, em sacrificá-los a este demônio, só para salvar-vos.

PÓRCIA - Não vos ficara muito agradecida vossa esposa, se acaso aqui estivesse, para ouvir essa oferta.

BASSÂNIO - Amo deveras minha mulher; mas desejara que ela no céu se achasse, para que pudesse impetrar junto a algum poder celeste que demovesse este judeu canino.

NERISSA - Foi bom dizerdes isso em sua ausência, pois, de outro modo, o lar ficara inquieto.

SHYLOCK - Os maridos cristãos são desse jeito. Tenho uma filha; mas preferiria que ela casasse com um dos descendentes de Barrabás, a vê-la desposada com um desses cristãos. O tempo corre! Dai andamento, por favor, ao pleito.

PÓRCIA - Pertence-te uma libra aqui da carne do mercador; a corte o reconhece, porque a lei o permite.

SHYLOCK - Oh juiz íntegro!

PÓRCIA - E deveis retirá-la justamente do peito dele; a corte o reconhece, porque a lei o permite.

SHYLOCK - Oh juiz sábio! Isso, sim, que é sentença! Vamos logo; preparai-vos.

PÓRCIA - Um momentinho, apenas. Há mais alguma coisa. Pela letra, a sangue jus não tens; nem uma gota. São palavras expressas: "Uma libra de carne". Tira, pois, o combinado:tua libra de carne. Mas se acaso derramares, no instante de a cortares, uma gota que seja, só, de sangue cristão, teus bens e tuas terras todas, pelas leis de Veneza, para o Estado passarão por direito.

GRACIANO - Oh juiz honesto! Toma nota, judeu: quanto ele é sábio!

SHYLOCK - A lei diz isso?

PÓRCIA - Podes ver o texto. Reclamaste justiça; fica certo de que terás justiça, talvez mesmo mais do que desejaras.

GRACIANO - Oh juiz sábio! Toma nota, judeu: quanto ele é sábio!

SHYLOCK - Nesse caso, concordo com a proposta: que me paguem três vezes a importância da dívida,ficando o cristão livre.

BASSÂNIO - Eis o dinheiro.

PÓRCIA - Devagar! Justiça total para o judeu. Nada de pressa. Só tem direito à multa estipulada.

GRACIANO - O judeu! Que juiz idôneo e sábio!

PÓRCIA - Dispõe-te, assim, para cortar a carne. Mas não derrames sangue, nem amputes senão o peso justo de uma libra, nem mais nem menos; pois se retirares mais ou menos do que isso, o suficiente para deixá-la mais pesada ou leve na proporção, embora, da vigésima parte de um pobre escrópulo; ou, ainda, se a balança pender um fio, apenas, de cabelo, por isso a vida perdes, ficando os teus bens todos confiscados.

GRACIANO - Um segundo Daniel, judeu, um novo Daniel! Agora, cão, peguei-te firme.

PÓRCIA - Por que o judeu parou? Cobra tua dívida.

SHYLOCK - Dai-me o meu capital e deixai-me ir.

BASSÂNIO - Já o trouxe aqui, para isso; toma-o logo.

PÓRCIA - Recusou-o ante a corte, abertamente. Vai receber justiça e a letra, apenas.

GRACIANO - Um segundo Daniel! Outro Daniel! Judeu, muito obrigado por me haveres ensinado esse nome.

SHYLOCK - Não recebo nem mesmo o meu dinheiro?

PÓRCIA - Só recebes a pena cominada, que com risco próprio deves cobrar, judeu.

SHYLOCK - Que o diabo, nesse caso, o proteja! Não me agrada continuar a perder aqui meu tempo.

PÓRCIA - Espera aí, judeu! A lei ainda tem outras pretensões a teu respeito. Diz a lei de Veneza, expressamente, que se a provar se vier que um estrangeiro, por processos diretos ou indiretos, atentar contra a vida de um dos membros desta comunidade, há de a pessoa por ele assim visada, assenhorear-se da metade dos bens

desse estrangeiro, indo a outra parte para os cofres públicos. A vida do ofensor à mercê fica do doge, apenas, contra os votos todos. Digo, pois, que te encontras nesse caso, pois que se torna manifesto e claro que, usando de processos indiretos, e diretos também, contra a existência do acusado intentaste - Assim, incorres na pena cominada. Agora, ajoelha-te e ao doge implora que te dê o perdão.

GRACIANO - Implora-lhe o consentimento para poderes te enforcar. Aliás, se todos os teus bens já passaram para o Estado, não dispões nem do preço de uma corda. Assim, o Estado é que terá esse ônus.

DOGE - Para que vejas como nosso espírito é diferente, a vida te concedo antes de ma pedires. A metade de quanto tens pertence agora a Antônio. A outra parte, a do Estado, reduzida pela humildade pode ser a multa.

PÓRCIA - Não para Antônio; multa para o Estado.

SHYLOCK - Não, a vida também; não perdoeis nada. Tirais-me a casa, se a privais do esteio no qual ela se firma; da existência já me privastes, quando me deixastes sem os recursos com que me sustento.

PÓRCIA - Antônio, que podeis fazer por ele?

GRACIANO - Dar-lhe uma corda grátis, tão-somente.

ANTÔNIO - Se meu senhor, o doge, e toda a corte quiser perdoar a multa da metade de seus bens, satisfeito me declaro se a outra metade ele deixar comigo, que após a sua morte, ao cavalheiro restituirei que lhe raptou a filha. Mais duas condições imponho, ainda: que, por esse favor, agora mesmo cristão ele se torne, e que em presença desta corte ele firme um documento em que declare que, por morte, deixa todos os seus haveres para a filha e seu filho Lourenço.

DOGE - Há de fazê-lo; se não, retiro-lhe o perdão de há pouco.

PÓRCIA - Judeu, estás contente? Que respondes?

SHYLOCK - Estou contente.

PÓRCIA - Então redigi logo a ata, escrivão, de doação dos bens.

SHYLOCK - Peço-vos permissão de retirar-me; não me sinto disposto. A casa enviai-me a ata, para assiná-la.

DOGE - Bem; retira-te; não deixes de fazê-lo.

GRACIANO - Ao batizado, dois padrinhos vais ter. Se o juiz eu fosse, mais dez terias tido, para enviar-te, não para a fonte, mas para o patíbulo.

(Sai Shylock.)

DOGE - Convido-vos, senhor, instantemente, para cear comigo.

PÓRCIA - Mil desculpas peço a Vossa Grandeza; mas preciso partir ainda esta noite para Pádua, razão por que preciso sair logo.

DOGE - Lastimo não dispordes de mais tempo. Antônio, recompensa o gentil-homem como puderes; pois, segundo penso, deves estar-lhe muito agradecido.

(Saem o doge, os senadores e o séqüito.)

BASSÂNIO - Mui digno cavalheiro, eu e este amigo, graças ao vosso alto saber, ficamos hoje aliviados de uma pena grave. Como honorários, os três mil ducados que ao judeu nós devíamos, vos damos para recompensar vosso trabalho.

ANTÔNIO - E vos ficamos devedores sempre de amizade e serviços.

PÓRCIA - Mui bem pago já está quem satisfeito se declara. Por vos ter libertado, considero-me satisfeito e, com isso, fartamente pago de tudo. Espírito não tenho mercenário. Suplico-vos, apenas reconhecer-me, quando nos revirmos. Passai bem; e, com isso, me despeço.

BASSÂNIO - Caro senhor, forçoso. é que eu insista. Aceitai de nós dois uma lembrança, como tributo, não como salário. Duas coisas fazei-me, por obséquio: concordar com o que peço e desculpar-me.

PÓRCIA - Insistis muito para que eu recuse. *(A Antônio.)* Aceito vossas luvas; hei de usá-las como

recordação. *(A Bassânio.)* Aceitaria de bom grado esse anel, por amor vosso. Não retireis a mão.

Lembrança alguma me servirá, senão apenas essa.

BASSÂNIO - Este anel, bom senhor? Não vale nada. Vergonha fora vir a oferecer-vo-lo.

PÓRCIA - Outra coisa não quero a não ser isso. E agora sinto que cobiço o anel.

BASSÂNIO - Estimo-o acima do valor intrínseco. Dou-vos o anel mais caro que em Veneza, por pregão, encontrar me for possível. Este, somente, não darei: perdoai-me.

PÓRCIA - Em promessas, senhor, sois generoso, vejo-o bem. De começo, me ensinastes a pedir; mas agora só parece que me ensinais de que maneira eu devo responder aos que pedem.

BASSÂNIO - Mui bondoso cavalheiro, este anel é uma lembrança de minha própria esposa. que, no instante de mo entregar, me fez prestar a jura de que nunca o daria, nem vendera, nem nunca o perderia.

PÓRCIA - Essa desculpa já tem servido para se eximirem muitos homens de dar um bom presente. Se não for uma tola vossa esposa, quando vier a saber até que ponto fiz jus a essa lembrança, certamente não há de vos dicar ódio implacável, só por mo terdes dado. Passai bem.

(Saem Pórcia e Nerissa.)

ANTÔNIO - Senhor Bassânio, dai-lhe o anel, vos peço. Que o meu afeto e seu merecimento vençam nisto a opinião de vossa esposa.

BASSÂNIO - Corre, Graciano; vê se ainda o alcanças. Dá-lhe o anel, e se for possível, leva-o para a casa de Antônio. Vai depressa!

(Sai Graciano.)

Vós e eu, agora, para lá iremos. Ambos voaremos amanhã bem cedo para Belmonte. Vamos logo, Antônio!

(Saem.)

A CONDENAÇÃO COM RESERVA DE EXCEÇÕES COMO TÉCNICA DE SUMARIZAÇÃO DA TUTELA COGNITIVA

José Aurélio de Araújo

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Universidade Cândido Mendes (UCAM)

Resumo: O presente artigo analisa a técnica da condenação com reserva de exceções, originária do processo documental do direito intermediário e do *référé provision* francês, aplicado recentemente na Itália, como técnica de prestação jurisdicional sumária apta a produzir a inversão do ônus temporal do processo mediante a concessão imediata, em cognição sumária unicamente de verossimilhança, de eficácia executiva, remetendo, ao mesmo tempo, o réu à fase posterior probatória em respeito ao seu direito ao contraditório, para que prove sua defesa de mérito. Representa alternativa ao processo ordinário ao se constituir em produto do equilíbrio entre o direito ao contraditório e a duração razoável do processo, utilizada em diversos países e inexistente no Brasil.

Palavras-chave: Condenação com reserva de exceções. Direito ao contraditório. Direito à duração razoável do processo.

Riassunto: Il suddetto articolo fa una analise della tecnica della condanna con riserva di eccezioni, originaria del processo documentale del diritto intermediario e del *référé provision* francese, applicato recentemente in Italia, come tecnica de prestazione giudiziaria sommaria capace di produrre l'inverzione dell'ònere temporale del processo mediante la concessione immediata, in cognizione sommaria di verosimiglianza, di efficacia esecutiva, rimettendo, allo stesso tempo, il convenuto alla fase probatoria rispettando il suo diritto al contraddittorio, avendo così la possibilità di fare la sua difesa di merito. Rappresenta l'alternativa al processo ordinario di accertamento come prodotto di bilancio fra il diritto al contraddittorio e la ragionevole durata del processo, praticata in diversi paesi però assente in Brasile.

Parole-chiavi: Condanna con riserva di eccezioni. Diritto al contraddittorio. Diritto alla ragionevole durata del processo.

Sumário: *1. Introdução. – 2. A condenação com reserva de exceções do processus executivus a alguns tipos existentes no direito comparado moderno. – 3. A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro – 4. Elementos e requisitos para aplicação da técnica – 5. A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório – 6. Segue: A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva. – 7. Segue: O contraditório*

postecipado. – 8. Segue: O contraditório quanto ao direito à prova. – 9. Segue: O processo justo e a supressão da instrumentalidade. – 10. Segue: A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada. – 11. A adequação da técnica ao sistema processual brasileiro. – 12. Conclusão. – Bibliografia.

1. Introdução

Nestes tempos de reformas processuais e de busca de uma prestação jurisdicional mais célere, muitas alternativas ao processo de cognição de rito ordinário vêm sendo pensadas e implementadas nos sistemas processuais de todo o mundo através de técnicas de sumarização dos procedimentos. A tendência, em muitos sistemas, é a de tornar a utilização do processo declaratório *ordinário* meramente residual[1] e eventual.

ANDREA PROTO PISANI[2], um dos maiores autores italianos do tema, enumera, dentre estas técnicas, o título executivo extrajudicial, o processo monitório, a condenação com reserva de exceções e a medida cautelar desapossada de instrumentalidade. A este rol, junta-se, agora, o novo procedimento sumário, instituído pela reforma de 18 de junho de 2009, mediante a criação do artigo 702-*bis* do c.p.c. italiano.

O presente trabalho objetiva compreender, preliminarmente, a condenação com reserva de exceções, identificada com o *processus summarius executivus* medieval, com o *référé provision* francês e presente em países como a Alemanha e a Itália, desconhecida, porém, do processo civil brasileiro em vigor, mas aparentemente presente na norma do artigo 285, III, do anteprojeto do código de processo civil.

No ambiente de incertezas e múltiplas expectativas que a proximidade de alteração de toda a nossa legislação processual civil produz, talvez trazer a lume uma nova técnica alienígena aumente mais a insegurança do que auxilie no processo de qualificação do sistema. A segurança jurídica deve inspirar sempre o legislador a promover o incremento do procedimento comum antes de multiplicar a sumariedade.

[1] PISANI, Andrea Proto. *Verso la residualittà del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: ed. Giappichelli. 2008. p. 699. MENCHINI, Sérgio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato, Rivista di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, p. 869: "*Il risultato che si intravede, in esito a tale percorso, è il superamento, forse definitivo, nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, del modello tradizionale, che si fonda sulla centralità della tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata*."

[2] PISANI, Andrea Proto. ***Op. cit.,*** pp. 699-707.

De qualquer forma, nos arriscamos ao debate, na certeza de que os trabalhos doutrinários devem fornecer substância de pesquisa ao legislador e à comunidade jurídica para o aprimoramento do sistema. Senão vejamos.

A condenação com reserva de exceções, também chamada de condenação ressalvada, constitui-se um julgamento provisório, de eficácia executiva, deferido após a resposta do réu, quando o juiz observa que será provável o acolhimento da pretensão autoral e considera improváveis os argumentos da defesa. Forma-se a partir de uma cognição sumária, sem profundidade probatória total, diante, somente, das alegações das partes e das provas documentais. Em respeito ao contraditório, o processo segue, após o provimento provisório, para dar a oportunidade ao réu de provar as suas defesas, diretas ou indiretas, alegadas em contestação. A técnica pode estar inserida em um procedimento especial de cognição, autônomo, ou no procedimento ordinário.

Não se está diante de um provimento cautelar, de urgência, do *periculum in mora*, mas sumário não cautelar baseado somente no *fumus boni juris*, na verossimilhança das alegações do autor e na insubsistência da defesa do réu, podendo-se qualificá-lo como tutela de evidência[3]. A quebra do dogma medieval e iluminista da obrigatória anterioridade da cognição plena para o consequente provimento executivo, já, antes, propiciada pelos provimentos cautelares conservativos e satisfativos, aqui é possível através simplesmente do *fumus*, como forma de respeito ao princípio da efetividade e da duração razoável do processo, sem violar o direito do réu ao contraditório, que resta em parte para momento posterior.

O provimento origina-se não da exigência que o direito ao acesso à justiça impõe nos casos de urgência e de perigo, mas resulta da imposição da celeridade. O que se quer dizer é que o deferimento da medida executiva em cognição sumária não advém da urgência, mas da própria cognição sumária e parcial das alegações do autor e do réu. A cognição, nesta altura, vai contar com as alegações de fato e de direito de ambas as partes e com as provas documentais, o que, em muitos casos, se não é tudo, também não é pouca coisa. O fundamento da decisão será a probabilidade de julgamento de procedência da demanda.

O réu é condenado, sujeitando-se à eficácia executiva, reservando-se a cognição das suas exceções à continuidade do processo.

[3] FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996**,** p. 317.

2. A condenação com reserva de exceções do *processus executivus* a alguns tipos existentes no direito comparado moderno

A técnica não é nova, sendo possível encontrar a condenação com *reserva de determinadas exceçõ*es no *Principii* de CHIOVENDA quando o autor perquire acerca da origem do processo documental cambiário e monitório no *processus executivus* do direito intermediário[4].

Processo simplificado colocado à competência de juízes especiais, destinado às ações executivas, através do qual o credor obtinha um *mandatum de solvendo* contra o devedor, expedido após *cognitio summaria* que não permitia a apresentação de todas as exceções pelo demandado em sede de oposição (*quae incontinenti probari possunt*), deixando aquelas de maior complexidade (*quae altiorem requirunt indaginem*) para as vias ordinárias em cognição plena (*ad separatum judicium*). Esta fórmula processual produzia, segundo CHIOVENDA, um "fracionamento de conhecimento", de forma que as exceções do demandado somente eram examinadas após a sua condenação.

Observa o *maestro*, naquela passagem, que a decisão do juiz da execução, quanto às exceções trazidas pelo réu, não vinculava o juiz do processo ordinário, importando reconhecer que aquele só trata da executividade do documento, abstendo-se de qualquer função *declarativa* quanto à existência do crédito (*Probationes factae in iudicio summario non probant in plenario*).

Desta forma processual do direito medieval italiano é que vão surgir o processo de execução de título extrajudicial e a condenação com reserva de exceções.

Há referência à técnica da condenação ressalvada também quando se analisa o *référé provision* francês, previsto no artigo 806 do código daquele país[5]. Como veremos, o *référé* é uma forma procedimental – caracterizada, fundamentalmente, pela inexistência de provimento definitivo após o provisório –, que pode ou não conter, no seu bojo, a técnica da condenação reservada. PROTO PISANI[6], quando questiona a

[4] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*, tomo II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAIS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922**,** p. 794.
[5] CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007**,** p. 39.
[6] PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.,* p. 704.

aplicação da técnica francesa no direito italiano, afirma que o *référé* deveria responder, no direito peninsular, ao esquema da condenação ressalvada:

> *A mio avviso l'introduzione in Italia dell'istituto francese dovrebe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di um processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena), ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori*.

O traço característico do *référé provision,* nascido no final do século XIX no código de processo civil napoleônico de 1806, que surpreende a nossa tradição da instrumentalidade, como sucedeu na Itália, é justamente a independência do provimento provisório do definitivo, historicamente consequente.

A característica da instrumentalidade tornou-se a principal dentre todas para o provimento cautelar depois da célebre e fundamental obra de CALAMANDREI sobre tais provimentos[7]. Para o autor[8], não é a provisoriedade o elemento distintivo da cautelar, mas a sua instrumentalidade, compreendida como a subserviência deste provimento ao definitivo superveniente.

Esta instrumentalidade, no entanto, foi suprimida ou mitigada pelas reformas italianas de 2003 e 2005, no provimento cautelar, em outras medidas antecipatórias não cautelares e em outros procedimentos especiais, como o possessório e o societário.

É o fenômeno da mitigação da instrumentalidade[9] ou, como em COMOGLIO[10] acerca das reformas italianas, da instrumentalidade atenuada: "*Strumentalitá c.d. attenuata senza giudizio di merito per provvedimenti antecipatori o d'urgenza.*". Para

[7] CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol**.** IX. N**a**poli: Morano, 1983.
[8] CALAMANDREI, Piero**.** *Op. cit.***,** p. 175.
[9] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006**,** p. 41.
[10] COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinário di cognizione, e vol. II, Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi.* 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 278.

CIPRIANI[11], o que se viu foi a supressão da instrumentalidade. Em GRECO[12] a expressão utilizada foi instrumentalidade mitigada. Atenuada, mitigada ou suprimida, o que se observa verdadeiramente é a dispensa da histórica superveniência do provimento final.

O procedimento sumário do direito societário, instituído pelo artigo 19 do Decreto-Lei nº 05/2003 – e surpreendentemente já ab-rogado pela reforma de junho de 2009 –, de competência do tribunal de primeiro grau na sua formação monocrática, permitia a rápida formação de um título executivo, mediante cognição sumária, para a solução de conflitos atinentes ao direito societário. Utilizava a tutela da evidência, imediatamente executiva, mediante uma técnica assemelhada à da condenação com reserva de exceções, de onde poderia ou não sobrevir o provimento definitivo em cognição plena. Atestaram os autores peninsulares que se tratava, então, de uma versão do *référé provision all'italiana,* pois inserida em um procedimento especial sem instrumentalidade[13].

Esta fórmula procedimental que possibilita, após a completude da relação processual com a citação do réu, a rápida formação do título executivo a favor do autor, mediante a presença dos requisitos, observados pelo juiz, dos bons fundamentos autorais e da insubsistência de defesa, é exemplo de tutela de evidência na forma de procedimento com instrumentalidade suprimida.

A *ordinanza*, apesar de imediatamente executiva, por ter sido formada em cognição sumária, notadamente diante de uma instrução *desformalizada*, não tem a aptidão de produzir coisa julgada material, em respeito à regra, ou ao dogma, de que

[11] "*Cosi stando le cose, non sembra sai correto dire che con le riforme del 2003 e del 2005 la strumentalitá dei provvedimenti cautelari antecipatori sia stata attenuata o allentata. In realtà, quei provvedimenti, una volta privati di quella característica e resi sostanzialmente o potencialmente autonomi rispetto al giudizio di merito, ...*" (CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie.* In: *Il processo civile nello stato democrático*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93).

[12] GRECO, Leonardo. A **f**unção da **t**utela **c**autelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

[13] "*CAPO III. DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE. Art. 19 (Ambito di applicazione. Procedimento) 2. Disposta la comparizione delle parti e assegnato il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre 10 giorni prima dell'udienza, il giudice designato, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale*."

somente a decisão formada a partir de cognição plena, exaustiva e antecipada é capaz de se tornar imutável[14]. A regra estava expressa no *comma 5* do referido artigo 19 do Decreto-legislativo:

> *All'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile.*

Esse caminho podia ser desviado da instrução sumária para a plena, quando o juiz entendesse necessária a cognição plena (artigo 19, *comma* 3) ou quando era proposto o recurso de *apppello* contra a *ordinanza* executiva (artigo 20). Nestas duas hipóteses, a cognição tornava-se plena e produzia a coisa julgada material[15].

Este procedimento societário, apesar de seu objetivo de acelerar a prestação jurisdicional com a entrega antecipada do título executivo, foi surpreendentemente ab-rogado pela recente reforma de 18 de junho de 2009. Na visão de BRUNO SASSANI[16], tal ocorreu em virtude da resistência da Magistratura daquele país, através da má vontade dos juízes em adotar o procedimento, e das decisões da Corte Constitucional que aniquilaram várias disposições da lei, levando o Parlamento, recém saído das eleições de 2008, a ab-rogar *in totum* o procedimento:

> *Si tratta di una magistratura che ha decretato in partenza (ed ha ottenuto) la condanna capitale del processo societario, che ha snobbato e reso obsolete le ordinanze anticipatorie su cui facevano tanto affidamento i legislatori, che, pur dichiarando ad ogni pie' sospinto la sua fedeltà alla legge, in realtà resta arbitra della vita o della morte delle singole norme del codice di rito. Se ritiene che il principio della durata ragionevole non tolleri la*

---

[14] MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010: "*Se si riflette sulla struttura del procedimento descritto dall'art. 19 e sull'efficacia del provvedimento che esso origina, ci si avvede che i punti che possono presentare una qualche problematicità sono essenzialmente due: in primo luogo, l'ordinanza è meramente esecutiva e non produce gli effetti dell'art. 2909 c.c., manca, cioè, il carattere del giudicato; in secondo luogo, il rito è sommario e, quindi, deformalizzato: i poteri delle parti, i modi e i termini per il loro esercizio non sono predeterminati dalla legge, ma sono rimessi alla discrezionalità del giudice*".

[15] FERRI, Corrado. *Lezioni **s**ul **p**rocesso **c**ivile, vol. I, Il **p**rocesso **o**rdinário di cognizione.* 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006**,** p. 275.

[16] SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione***,** p. 13. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivit%E0%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

> *produzione di documenti in appello, reinterpreta di conseguenza l'art. 345; se confronta lo stesso principio con l'art. 37, ne cancella la parte che sancisce la rilevabilità dell'eccezione di giurisdizione in ogni stato e grado. Questo giudizio non risente solo delle scelte esplicite degli alti consessi giurisdizionali (che, comunque, hanno avuto un'impennata negli ultimi tempi) poiché essa discende dall'osservazione del comportamento generalizzato dei giudici civili. Comportamento – fatto di comuni scelte, propensioni, abitudini, omissioni di ogni giorno – che diventa subito norma (sia chiaro: nessuna critica agli uomini – e alle donne – in campo. L'anomalia del processo italiano è tale che induce a pensare che, al loro posto, sarebbe difficile per chiunque comportarsi diversamente).*

GIAN FRANCO RICCI[17] declara a sua *perplessità* com a ab-rogação deste procedimento sumário especial. Para o autor, em pouco tempo de vigência, tal procedimento já vinha produzindo bons frutos mediante a rápida solução dos conflitos societários, constituindo-se em uma real alternativa ao "*elefântico"* rito ordinário. RICCI[18] aponta que os juízes estavam a marcar a audiência *de discussão da causa* para data muito distante, impondo demora à conclusão do processo, mas que isto, em verdade, era causa de delonga que não podia ser imputada ao procedimento legal em si, mas aos próprios magistrados.

No entanto, outros exemplos de supressão da instrumentalidade sobreviveram a esta resistência e à abrogação.

Na reforma de 2005, seguinte àquela de 2003, através da alteração da norma do artigo 669-*octies*, *comma 6*º[19], do código de processo civil italiano pela Lei nº 80, de 14 de maio de 2005, foram mantidos os efeitos do provimento cautelar *ante causam*[20] no caso de extinção do processo principal sem julgamento de mérito. É o momento de

[17] RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009**,** pp. 116-118**.**
[18] *Ibid.*, p. 117.
[19] "*L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa***".** BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro**.** *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008**,** p. 1942.
[20] BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria***.** Disponível em <http: www.judicium.it.> Acesso em 15 de dez. 2008. TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n. 156, pp. 77-103, fev. 2008.

expansão da mitigação da instrumentalidade a todos os provimentos cautelares. Conforme ALBERTO JOSÉ LAFUENTE TORRALBA[21] acerca do referido parágrafo:

> *Em su nueva redacción, el art. 669-octies, párrafo 6º, libera del nexo de instrumentalidad a las 'medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para antecipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el codigo civil y otras en leyes especiales, asi como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o daño temido conforme al art. 688.*

Apesar de mitigar a instrumentalidade, o referido artigo não utiliza a técnica da condenação com reserva de exceções ou qualquer outra tutela da evidência, pois tem o conteúdo de medida cautelar assecuratória, fundada no *periculum in mora* e no *fumus boni juris* e não somente na verossimilhança como as tutelas da evidência.

Além da supressão da instrumentalidade diretamente na cautelar, a reforma de 2005 instituiu no livro II, sobre o processo de conhecimento, os artigos 186-*bis*[22] e 186-*ter*, que regulam a *ordinanza per il pagamento di somme non contestate* e a *istanza di ingiunzione*, que correspondem a uma tutela imediatamente executiva, no curso do processo[23], podendo potencialmente se tornarem definitivas, afastando a instrumentalidade e a provisoriedade, pois seus efeitos podem sobreviver à extinção do processo. O fundamento destas *ordinanze* reside na não contestação e, portanto, na prevalência do princípio dispositivo e não na condenação reservada. Produzem executividade, mas não a evidência, formação de coisa julgada[24].

Outros exemplos, em vigor, de supressão de instrumentalidade no direito italiano são os procedimentos possessórios (arts. 730 e ss. do c.p.c. italiano), a extinção da

---

[21] TORRALBA, Alberto José Lafuente. *Op. cit.*, p. 80.

[22] "*186 bis. Ordinanza per il pagamento di somme non contestate. Su istanza di parte il giudice istrutorre può disporre, al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parte constituite (165, 167, 271). Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparazione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza (134) constituisce titolo esecutivo (474) e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo (305, 306 ss.)*". BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008, p. 670.

[23] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

[24] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 54.

execução a seguir à sua suspensão, determinada no âmbito de sua oposição (arts. 624 e 185 do c.p.c. italiano), e o incidente de concurso de credores de um mesmo devedor.

Ainda no direito italiano, há a previsão da *condanna con riserva di eccezioni*[25], por exemplo, para a exceção de compensação (artigo 35 do c.p.c. italiano) e para o processo de despejo do locatário (*procedimento per convalida di sfratto* do capítulo II do livro IV do c.p.c. italiano)[26].

O locador de imóvel urbano, o arrendador de imóvel rústico ou, ainda, na relação de *locazione dell'opera*[27] (arts. 657 e ss. do c.p.c. italiano), quem pretender a tutela de restituição de seu bem em decorrência, e só nestas hipóteses, de extinção da relação locatícia ou por falta de pagamento dos alugueres, poderá, ao invés de utilizar o procedimento ordinário, requerer o deferimento de uma decisão (*ordinanza*) provisória em cognição sumária de imediato despejo do imóvel locado.

Diante de uma contestação do réu que proteste por provas outras que não as documentais, o juiz concede, em não subsistindo "grave motivo em contrário", a *ordinanza di rilascio* imediatamente executiva (arts. 665 e 666 do c.p.c. italiano[28]), determinando o despejo, mas permitindo a continuidade do processo na sua fase instrutória para impugnação da relação locatícia perante ele mesmo ou outro juiz que seja competente para aquelas defesas.

Referindo-se ao entendimento da Corte de Cassação italiana, CORRADO FERRI afirma que a *ordinanza* tem natureza de provimento sumário não cautelar cuja eficácia executiva se protrai no tempo para além da extinção do processo.

---

[25] COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, pp. 138-139. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 49.

[26] BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Op. cit.*, p. 1903.

[27] Hipótese de uso e gozo do imóvel dado como pagamento ou parte do pagamento de uma prestação de serviço, normalmente em uma relação empregatícia, como na hipótese do porteiro de edifícios, segundo FERRI, Conrado: "*... nel quale il godimento di un immobile sai il corrispettivo anche parziale di una prestazione (si pensi al lavoratore subordinato il cui datore di lavoro concede, quale voce della retribuizione o comunque corrispettivo della prestazione, il godimento di un immobile o ancora si pensi al rapporto di portierato)*." COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.*, p. 128.

[28] "*Art. 665 Opposizione, provvedimenti del giudice. Se l'intimato comparisce e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, se non sussistano gravi motivi in contrario, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto. L'ordinanza è immediatamente esecutiva, ma può essere subordinata alla prestazione di una cauzione per i danni e le spese.*" BARTOLINI, Francesco**;** SAVARRO, Pietro. *Op. cit.***,** pp. 1921-1922.

Para EDOARDO GARBAGNATI, este provimento do artigo 665 não tem natureza condenatória, mas constitutiva com reserva de exceções[29], talvez pelo efeito de resolver a relação locatícia.

É importante ressaltar que, sendo esta decisão produto de cognição sumária, este provimento, como ensina CORRADO FERRI[30], é incapaz de produzir coisa julgada, reafirmando-se o paradigma de que só a cognição exaustiva pode propiciar o pleno exercício do contraditório participativo e, portanto, a coisa julgada material. O que terá a capacidade de adquirir a qualidade de imutável é a sentença que decide sobre as exceções reservadas, como salienta GARBAGNATI[31].

A doutrina italiana[32] indica a presença da técnica também em sede de processo de injunção impugnado por oposição. O artigo 648, *comma* 1º, c.p.c., prevê que o juiz instrutor poderá dar executividade ao decreto injuntivo impugnado por oposição que não possua documento escrito que comprove a inexistência do fato constitutivo ou a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do crédito, ou quando a defesa por si não seja bastante para afastar o crédito. Constituem-se os pressupostos negativos para a executividade provisória do mandado injuntivo.

Há também, no direito alemão, um procedimento especial[33] de natureza documental (*Urkunden – und Wechselprozess*, ZPO 592), referente a documentos negociais ou cheques, muito assemelhado ao originário *processus executivus*, que concentra julgamento de mérito provisório com força executiva e julgamento definitivo após cognição exaustiva instaurada pelo réu.

O demandante credor de quantia certa promove o processo fazendo juntar tão somente os documentos, pois só estas provas são admitidas. Se for observado que estas não são suficientes, o autor pode desistir do processo ou o tribunal (órgão de primeiro grau) deverá extingui-lo, permitindo-se a propositura do processo através do rito ordinário. O demandado vai defender-se também através de provas documentais como suporte para suas exceções.

---

[29] GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1949, nota 15 na p. 34.
[30] COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Op. cit.***,** p. 129.
[31] GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.***,** nota 16 na p. 35.
[32] VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva*. *Rivista di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010**,** pp. 69-82. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006**,** p. 559.
[33] MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German **c**ivil **j**ustice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004**,** pp. 425-427.

Caso o tribunal considere insuficientes as provas do autor ou do réu, julga imediatamente procedente ou improcedente a demanda. Se, no entanto, o réu traz defesa infundada que exija a produção de outras provas que não a documental, o tribunal prolata um julgamento provisório, concedendo ao autor a execução deste julgado e ao réu a possibilidade de produzir sua prova em procedimento posterior tal e qual um processo sob o rito ordinário, mediante esta técnica da reserva (... *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* ...)[34].

Há um provimento provisório quanto ao mérito que instaura imediata execução contra o réu, reservando a este a cognição plena posterior e provimento definitivo. Caso o réu não logre provar satisfatoriamente o alegado, o provimento provisório convola-se em definitivo. Procedente o julgamento posterior em cognição plenária, sem limitação de provas, o provimento provisório é revogado e o autor fica responsável pelos danos sofridos pelo réu em decorrência da execução.

Para os cheques, o procedimento é ainda mais concentrado, com prazos mais curtos, mas com a mesma estrutura. Interessante exemplo trazido pela doutrina[35] é o do cheque emitido em pagamento de compra de bens que tenham demonstrado defeito. Neste caso, o tribunal dá executividade ao título em provimento provisório, reservando a alegação de defeito nos produtos para seguinte procedimento em cognição exaustiva.

No código de processo civil português, foi possível identificar, até a sobrevinda do Decreto legislativo nº 329-A/95, uma espécie de condenação com reserva de exceções nos artigos 473 e 491, chamada, naquele sistema, de condenação provisória ou sentença condicional[36]. Quando o réu, citado em ação declaratória de dívida, baseada em documento escrito, reconhece sua assinatura no documento (ou silencia quanto ao reconhecimento), o juiz defere, no despacho saneador, a imediata execução, passando ao posterior julgamento das defesas apresentadas pelo demandado. A execução só não ocorria no caso de o réu prestar caução, na forma do artigo 818-1 do diploma lusitano. Segundo LEBRE DE FREITAS[37], a revogação do artigo deveu-se ao alargamento das

[34] No original do ZPO 599(1) "… *Ausübung seiner Rechte vorzubehalten* …" (MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.***,** p. 426.)
[35] MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *Op. cit.*, p. 427.
[36] FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de Processo Civil anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008**,** pp. 272, 331 e 688.
[37] FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 272.

hipóteses de executoriedade "a qualquer documento particular assinado pelo devedor, com dispensa, salvo o caso de rogo, do reconhecimento de assinatura (arts. 46-c e 51)."

3. A condenação com reserva de exceções no direito brasileiro

Nosso sistema processual aparentemente não nos contempla com esta técnica. Historicamente, é possível encontrar nas notas firmadas por LIEBMAN[38], quando da tradução para o português das "Instituições" de CHIOVENDA, especificamente no que diz respeito ao código de 1939, a chamada ação de assinação de dez dias como herdeira do *processus summarius executivus*. CRUZ E TUCCI[39] nomeia a ação de assinação de dez dias como a origem lusitana da ação monitória.

Na legislação brasileira atual, o instituto mais aproximado é a antecipação de tutela decorrente do abuso do direito de defesa prevista no inciso II do artigo 273 do c.p.c. ("II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu") pois prescinde do requisito do perigo da demora.

Somente uma interpretação elástica é que poderia transformar uma coisa em outra: abuso de direito de defesa em razoabilidade dos fundamentos do autor e insubsistência da defesa do réu, exigidos para a condenação ressalvada.

O deferimento de antecipação pelo reconhecimento do abuso de direito de defesa aproxima-se em muito da tipificação de atos violadores da boa-fé processual[40], citando a lei inclusive o ato protelatório, enquanto a condenação com ressalva representa um julgamento tangencial do mérito, em cognição parcial e sumária em vista das limitações de defesa e probatória impostas pelo momento processual.

Buscando-se na doutrina, é possível localizar em MARINONI uma interpretação que aproxima os institutos. Apesar de não fazer referência à experiência estrangeira, o professor da Universidade do Paraná[41] constrói, a partir da antecipação de tutela com

[38] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 345.
[39] Apesar do silêncio em períodos anteriores, esteve presente na história do direito luso-brasileiro, a partir das Ordenações Manoelinas e até os códigos estaduais de São Paulo e Bahia, passando pelas Ordenações Filipinas e pelo Regulamento 737, como exemplo de técnica de sumarização processual, a chamada ação de assinação de dez dias ou ação *decendiária.* CRUZ e TUCCI reproduz os termos do título 16 do livro 3 das Ordenações Manoelinas: "devem com muita razão mais brevemente ser acabadas, e para que os credores possam sem delonga cobrar o que lhe for devido, e seu pagamento não delongue com as maliciosas exceções, que os devedores muitas vezes põem ao que por escrituras públicas estão obrigados." (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, pp. 31-34).
[40] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 331.
[41] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

base no abuso do direito de defesa, duas técnicas que reproduzem a estrutura da condenação com reserva de exceções.

Caso o réu traga defesa infundada, quer direta de mérito (técnica monitória), quer indireta de mérito (técnica da reserva de cognição da exceção substancial infundada), o juiz deverá, com fundamento no artigo 273, II, do c.p.c., conceder o provimento executivo antecipatório remetendo o processo à fase instrutória, atendendo ao pleno exercício do direito do réu ao contraditório.

Já o anteprojeto do novo Código de Processo Civil parece pretender instituir no artigo 285, III[42], uma espécie de condenação com reserva de exceções. Se o objetivo realmente foi este, a redação escolhida não parece ter sido a adequada: disse menos do que devia. O tipo normativo exige a concorrência de dois elementos: a apresentação de prova *irrefutável* das alegações do autor e a insubsistência da defesa do réu. Esta configuração deve redundar em julgamento definitivo de mérito sem fase probatória (o atual julgamento antecipado da lide do artigo 330) e não em tutela provisória de evidência. A tutela de evidência, na forma da condenação com reserva de exceções – caso tenha sido esta, realmente, a intenção do legislador ao instituir o artigo 285, III –, é aquela na qual o provimento provisório é executivo, em razão do bem fundamentado direito do autor, mal impugnado pelo réu, que, no entanto, deve ter seu direito à prova resguardado, mediante o deferimento daquelas requeridas na sua defesa. O que caracteriza a técnica é a bifurcação do procedimento: executivo para um lado e cognitivo probatório para o outro, em direção ao provimento final. Na forma como está, parece haver confusão com o *julgamento antecipado da lide*.

4. Elementos e requisitos para aplicação da técnica

[42] **Art. 285.** Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:
I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.
Parágrafo único. Independerá igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

De *lege ferenda* a técnica poderia ser inserida no código de processo civil mediante a alteração do restrito inciso II do artigo 273, ou a criação de uma nova espécie de antecipação de tutela, como realmente está no artigo 285 do anteprojeto.

Teria, de uma forma ou de outra, a natureza de decisão interlocutória agravável. A afirmativa baseia-se no conceito de sentença fixado com base no critério topológico e não somente de conteúdo de acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[43] e NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY[44].

Não parece possível adequar a hipótese à chamada sentença parcial, aparentemente inadmissível no Brasil[45], pois o conteúdo declaratório da decisão com reserva de exceções poderá ser totalmente alterado após a cognição plena quanto aos pontos já anteriormente decididos, o que a faz distinguir-se da decisão que julga um pedido deixando outro para ser apreciado depois das provas, como um julgamento parcial e antecipado de mérito. A decisão tem natureza de interlocutória provisória de mérito em cognição sumária e parcial.

Para EDOARDO GABARGNATI[46], a decisão é reconhecida no direito italiano como um provimento jurisdicional declarativo da existência do direito da parte (ou vontade da lei como quer o *chiovendiano*) sujeito à condição resolutiva da eventual e sucessiva resolução meritória quanto às exceções reservadas.

Os elementos necessários para o deferimento da medida são a insubsistência das alegações do réu e os fundados argumentos da pretensão autoral, o que corresponde ao *fumus boni iuris* ou à verossimilhança, para se utilizar uma expressão do nosso legislador (art. 273, c.p.c.). O juiz analisa os fatos e o direito alegados pelo autor e pelo

[43] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A nova definição de sentença" *in* Temas de Direito Processual – Nona Série. Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.

[44] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

[45] Conforme LEONARDO GRECO: "É importante observar que a sentença parcial não encontra campo fértil no processo civil brasileiro pelas características dos nossos procedimentos, nos quais as questões de fato são todas apuradas simultaneamente numa única fase instrutória. Nunca se poderia pensar em sentença parcial sobre a paternidade numa ação de alimentos proposta pelo filho natural, deixando o juiz para instruir e decidir o pedido alimentício somente depois de resolvida a questão prejudicial, porque as provas da paternidade e do direito aos alimentos, por imposição procedimental, devem ser produzidas simultaneamente. Não pode o juiz marcar uma primeira audiência para colher as provas sobre a paternidade, decidi-la em uma sentença parcial e, em caso positivo, marcar depois disso uma nova audiência para instruir e, ao final, decidir o pedido de alimentos. Assim, com instrução única, a sentença parcial somente parece possível quando a preliminar ou prejudicial de mérito dispensar instrução probatória, como no caso de pedido incontroverso ou de questão puramente de direito, como a da prescrição." (GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. Rio de Janeiro: 2006, inédito).

[46] GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, pp. 34-35.

réu, as provas documentais produzidas na inicial e na contestação e ainda o que pode extrair do contato pessoal com as partes quando da conciliação através do princípio da *imediatidade*. As alegações que venham a exigir dilação probatória delongada são reservadas para a sequência do processo.

A ressalva, portanto, é que caracterizará a cognição como sumária e parcial: o juiz analisa todas ou parte das exceções, deferindo a medida executória sem a dilação probatória plena. No ensinamento de CHIOVENDA[47], esta cognição, em verdade, é *parcial* e não só sumária ao fracionar o conhecimento das alegações do réu: umas serão analisadas agora, antes da condenação, e as outras que estão a exigir maior delonga probatória, somente depois da condenação. Aplicando-se a qualificação de KAZUO WATANABE [48], há, na hipótese, limitação de conhecimento de questões, cognição parcial não plena, e probatória, cognição sumária não exaustiva, pois as provas estão limitadas às documentais.

Fazendo-se um paralelo entre algumas formas de sumarização de procedimentos, é possível dizer que, enquanto a *cognitio summaria*, no processo de execução, trabalha inicialmente com a avaliação processual das condições da ação executiva, no processo injuncional documental analisa a presença dos requisitos da prova escrita *inaudita altera pars*, e na condenação com reserva de exceções examinará as alegações das partes e as provas documentais, fazendo um julgamento de *mérito provisório* sem profundidade probatória, mas já com a presença do réu. São diferentes graus de cognição, porque diferentes os graus de contraditório, que vão da superficialidade das condições da ação executiva à profundidade do mérito, sem a plenitude da instrução, da condenação ressalvada. Como o legislador pode optar por dar força executiva a títulos extrajudiciais ou à verossimilhança somada ao perigo da demora, pode fazê-lo para esta espécie de cognição.

A regra tradicional de origem medieval é a precedência da cognição plena para a execução, podendo o legislador, como nos ensina LEONARDO GRECO[49], por razões

[47] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 336-337 ou pp. 341-360.
[48] WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Ed. Central de Publicações Jurídicas, 1999, pp. 111-121.
[49] GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

de urgência, de celeridade, de especialidade do direito material ou da especial qualidade da pessoa demandante, determinar provimentos executivos em cognição sumária. O que não é possível suprimir do demandado é a cognição plena posterior, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

CHIOVENDA[50] identifica nesta técnica a quebra do dogma da precedência da cognição plena à execução ou fracionamento da cognição:

> Com este instituto derroga-se o princípio de que o juiz deve, juntamente com a ação, conhecer de *todas* as exceções do réu, antes de emanar qualquer medida a seu cargo, e admite-se a cisão de uma ou mais exceções da ação: decide-se definitivamente sobre as exceções não reservadas e dá-se lugar à condenação do réu, ressalvando-se o direito de demonstrar fundada a exceção ou as exceções reservadas no prosseguimento do processo, e eventualmente de repetir o pagamento (*solve et repete*).

Talvez a própria inspiração *iluminista* do final do século XIX, transportada para o *autonomismo* do código de 1973, na sua ansiedade científica, nos tenha afastado, no Brasil, da condenação ressalvada, ao buscar a purificação das atividades cognitivas e executivas. Este fato será reconhecido por LIEBMAN[51] quando das notas, na tradução para o português, da obra de CHIOVENDA, as Instituições:

> O *processus executivus* desapareceu em quase toda a parte alguns séculos mais tarde, sob a influência da prática e da legislação francesas, as quais acentuaram a separação entre a execução e a cognição e apresentaram, em conseqüência, terreno pouco favorável a um processo em que estas duas atividades se encontravam confusas e misturadas. Os casos que ensejavam o *processus executivus* se dividiram em dois grupos: alguns deram origem ao processo documental e cambiário, processo de cognição, seja embora incompleta (no texto número 74); outros converteram-se em títulos executórios equiparados a sentença de condenação (instrumentos

[50] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, p. 341.
[51] *Ibid.*, p. 345.

> públicos, na Itália, inclusive a cambial; no texto, adiante parágrafo 12).

Enfim, na condenação ressalvada, se o juiz vê probabilidade de atendimento à pretensão autoral e se as exceções do réu exigem demorada dilação probatória (oitiva de testemunhas ou prova pericial), prolata-se a *sentença* condenatória, com a bifurcação do procedimento: execução para a satisfação do autor e instrução plena para atendimento ao direito do réu ao contraditório[52].

Outro requisito para o deferimento é a obrigatória precedência da participação do réu ante a necessidade de avaliação da subsistência das suas alegações. Não é possível, portanto, a concessão *inaudita altera pars*, como se dá no processo monitório. É a mesma exigência que havia para o ab-rogado procedimento societário italiano, conforme a doutrina, por exemplo, de SERGIO MENCHINI[53]:

> *è un rito a contraddittorio anticipato, poichè il giudice non concede alcun provvedimento inaudita altera parte, ma ogni decisione è assunta all'udienza, soltanto dopo che sia stata disposta la comparizione delle parti e sia stato assegnato al convenuto il termine per la costituzione (art. 19, comma secondo);*

É importante destacar esta diferença de estrutura procedimental entre o processo injuncional documental e a condenação ressalvada. Apesar da origem e do fundamento comuns no processo documental, a eficácia executiva do mandado de pagamento precede e prescinde do contraditório, na esperança da formação rápida do título executivo pela contumácia do demandado. Já na condenação ressalvada, o mínimo de contraditório é exigido através da necessária participação do demandado, inclusive para análise do pedido de produção de prova demorada. Pode ocorrer, por outro lado, como se dá no artigo 748, 1º *comma*, do c.p.c. italiano, a inserção da técnica da condenação no processo injuncional, em momento posterior à apresentação da defesa pelo demandado.

---

[52] CHIOVENDA transcreve o artigo 65 da lei cambial de 14 de dezembro de 1933, nº 1669, que reproduz a ideia exposta, *verbis*: "Se as exceções forem de demorada indagação, o juiz, a pedido do credor, deve proferir sentença provisória de condenação, com ou sem caução". (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1942, pp. 348-349).

[53] MENCHINI, Sergio. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

A técnica pode assumir duas formas procedimentais: estar inserta em um processo de conhecimento de rito ordinário, como no caso da nossa antecipação de tutela, passando imediatamente à cognição do que foi ressalvado, ou estar inserida em um procedimento especial com mitigação da instrumentalidade, como no *référé*, facultando às partes o início da instrução do que foi reservado.

Sugestão que pode responder ao caráter pedagógico da lei sobre a cultura forense consiste em tornar obrigatória ao juiz a análise do cabimento ou não da condenação com reserva de exceções no final da audiência de procedimento sumário (artigo 277, c.p.c.) ou na decisão de saneamento do procedimento ordinário (331, par. 2º, c.p.c.), caso não seja possível a sentença antecipada de mérito.

Seria, ainda, necessário garantir a bilateralidade do direito de pleitear a medida, permitindo-se a sua concessão ao demandado, quer para seu pedido contraposto ou reconvencional, quer mesmo para a improcedência, considerando as limitações patrimoniais que uma demanda, mesmo que temerária, produz ao réu.

5. A técnica como produto do balanceamento entre as garantias da duração razoável do processo e do contraditório

Em respeito ao constitucionalismo e aos direitos humanos, é necessário analisar se a técnica se adequa às garantias fundamentais do devido processo legal ou do justo processo. Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, identificar alguns dogmas e premissas que envolvem a aplicação da técnica, para submetê-la, então, ao balanceamento entre os princípios da duração razoável do processo e do contraditório, sempre confrontados quando se avalia a constitucionalidade de provimentos sumários.

Um dos dogmas ou paradigmas de nosso direito romano-germânico, herdado do direito medieval e iluminista[54], é o da precedência da atividade cognitiva à atividade executiva. Chamada e atacada por OVÍDIO[55] como sendo o paradigma da

[54] LIEBMAN ensina que é BARTOLO SASSOFERRATO que vai exigir o princípio da precedência da cognição a qualquer execução, como um *ritorno indietro*, tudo sob o comando judicial para verificação da legitimidade da execução: *non est incoandum ab executione* (LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de **e**xecução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 11). Sobre a *ordinariedade* do processo, cf. SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

[55] SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e **e**xecução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ordinariedade, professamos a regra de admitir a execução somente após o contraditório pleno e antecipado consagrado em um título judicial: *nulla executio sine titulo*. A norma responde à lógica[56] – execução somente após a confirmação da existência do direito – e ao princípio da democracia – admissão da intervenção do Estado sobre o corpo ou o patrimônio do réu só depois de facultar-lhe toda forma de influência na decisão estatal.

No direito intermediário, esta executividade foi transferida a títulos executivos extrajudiciais: documentos que conduziam diretamente à execução sem a necessidade de sentença anterior ou, como em CHIOVENDA[57], documentos equiparados para a execução às sentenças, ou segundo LIEBMAN, com "eficácia executiva igual à da sentença"[58]. São os *instrumenta guarentigiata*, documentos nos quais se entendia estar inserida a confissão do devedor, o que redundava na desnecessidade de sua oitiva antes dos atos executivos[59]. Assemelhavam-se a uma confissão de dívida com cláusula de aceitação da execução[60].

Assim foi transferida a força das sentenças aos documentos executáveis em processo de cognição sumária, sincrético, onde se acumulam execução e cognição: o *processus sumarius executivus*, como dito acima, ancestral da nossa execução e da técnica da condenação com reserva de exceções.

O legislador, então, por vezes e por razões diversas, na maioria delas para a cobrança de créditos, resolve dar força executiva a determinados documentos particulares, enumerados em lei como tais. Esta tipologia legal, segundo DINAMARCO[61], é a justificativa política do título executivo, como forma de proteção à esfera jurídica dos indivíduos contra o arbítrio do Estado, respondendo ao princípio do devido processo legal: *nullus titulus sine lege*.

[56] "Como facilmente se compreende, ordinariamente o juiz primeiro estabelece contato com a causa e seus fundamentos, entre os quais os de fato e a prova, para depois julgar. Assim é a linha geral dos processos de conhecimento (que devem terminar com uma sentença de mérito), com óbvias razões para que o conhecimento seja o natural apoio do julgamento." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164)
[57] CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana do prof. JOSÉ CASAIS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922, p. 794.
[58] LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de **e**xecução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986, n. 6, p. 12.
[59] GRECO, Leonardo. O processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30.
[60] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução **c**ivil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 58.
[61] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução **c**ivil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 458-459.

A cognição anterior aos atos executivos, neste caso, vai se limitar, como dito alhures, à simples identificação da presença do título executivo e de seus requisitos, observando a existência da condição interesse processual da ação executiva.

Fora destas hipóteses, o legislador só passou a admitir a execução sem cognição plena anterior, excepcionalmente, nos provimentos cautelares fundados na urgência[62], em cumprimento ao princípio do acesso à justiça no que toca a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição). É a execução do provimento cautelar[63], quer conservativo ou propriamente cautelar, quer satisfativo, como na ação de alimentos ou na antecipação de tutela.

Esta solução, no entanto, como preceitua LEONARDO GRECO[64], deve ser excepcional, sob pena de violação do devido processo legal:

> Por isso, a tutela antecipada do artigo 273 ou a tutela específica do artigo 461 com eficácia executiva imediata, sem prévio contraditório, somente se justificam em caráter cautelar, extremados os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob pena de vulneração do princípio do *devido processo legal* constitucionalmente assegurado.

O que se quer evitar é a violação desmedida e antidemocrática do patrimônio e do corpo do réu sem que ele tenha tido a oportunidade plena de participar do ato estatal que sobre ele vai recair. Nas palavras de BEDAQUE[65]:

> Sustenta-se, por exemplo, com grande propriedade, a existência de um poder geral, conferido ao juiz, de conceder tutelas antecipadas, a exemplo do poder geral de cautela. Isso porque todos têm direito à tutela jurisdicional adequada. E, se o direito exige tutela urgente e satisfativa, não pode o sistema processual deixar de prestá-la, pena de violação à garantia constitucional da ação.

[62] "Na mesma medida, encontra amparo em sede constitucional a tutela urgente não cautelar, visto que ambas são inspiradas no *princípio da tutela jurisdicional*. A garantia da ação abrange todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus." BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 86.

[63] Sobre a cognição e a execução dos provimentos cautelares, ler CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol IX. N**a**poli: Morano, 1983.

[64] GRECO, Leonardo. "A crise do processo de execução" *In* Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 32.

[65] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 82.

> Essa conclusão, todavia, não atenta para o fato de que a concessão de tutela satisfativa mediante cognição superficial, não exauriente, pode lesar definitivamente o direito da parte contrária, que sequer teve oportunidade de impedir a invasão de sua esfera jurídica."

Nesta perspectiva, então, o provimento executivo em cognição sumária somente poderá derivar da exigência e presença do *periculum in mora*.

Deve-se notar, no entanto, que fora desta hipótese do provimento cautelar, satisfativo ou conservativo, o legislador prevê, principalmente a partir do movimento reformista contra o processo ordinário, provimentos sumários, provisórios e executivos com base somente no *fumus boni iuris*, sem exigir a urgência como requisito para o seu deferimento: são técnicas de sumarização da tutela cognitiva. Como exemplo disto, temos entre nós a antecipação de tutela por abuso do direito de defesa e da parte incontroversa (artigo 273, II e par. 6º, do c.p.c.), os processos sumários, o mandado de segurança, os processos documentais como o monitório e a execução de título extrajudicial[66].

Este avanço sobre o dogma da precedência da execução sobre a cognição plena e exaustiva, não recebe, como os casos das cautelares fundados na urgência, o mesmo tratamento uníssono da doutrina[67]. A aferição de sua constitucionalidade e respeito ao devido processo legal ou ao processo justo nem sempre resulta como positiva.

6. Segue: A garantia da celeridade ou a tutela jurisdicional tempestiva

ANDREA PROTO PISANI[68] ensina que, historicamente, são criadas tutelas sumárias como forma de satisfazer algumas exigências que podem ser resumidas nas seguintes: 1) exigência de economia de juízo, evitando o custoso processo de cognição

[66] "... àquelas prestações deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo no *mandamus* ou o direito documentado do exequente." FUX, Luiz. Tutela de **s**egurança e **t**utela de **e**vidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

[67] SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Curso de processo civil. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 17-21. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 164. GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 204.

[68] PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

plena, 2) exigência de evitar o abuso de direito de defesa por parte do demandado, 3) exigência de efetividade da tutela toda vez que esta fique comprometida pela duração do processo de cognição plena.

LEONARDO GRECO[69] identifica, no nosso ordenamento, atividade executiva autorizada pelo legislador com base, simplesmente, na celeridade sem urgência:

> A urgência também pode ser determinada por circunstâncias objetivas vinculadas à espécie de direito cuja tutela é pretendida que, pela sua relevância, merece proteção mais ágil do ordenamento jurídico. Nestes casos, o próprio ordenamento predispõe procedimentos específicos mais rápidos e utiliza a técnica das liminares antecipatórias, como ocorre com a tutela dos direitos individuais lesados ou ameaçados por autoridades públicas através do mandado de segurança, ou a tutela do direito à sobrevivência condigna através da ação de alimentos, ou da posse através das ações possessórias. Todavia, o legislador predispõe procedimentos igualmente rápidos para a tutela de outros direitos não necessariamente tão relevantes, como, por exemplo, nos chamados *juizados especiais*, mas apenas em consideração à simplicidade da sua cognição ou à sua pequena expressão econômica e aqui não é mais a urgência que dita esse tratamento especial, mas a celeridade, que com a urgência não se confunde, mas significa apenas o direito à tutela mais rápida possível, para assegurar ao direito material a maior eficácia, condicionada apenas ao respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa e às imposições de uma cognição judicial adequada.

A condenação com reserva de exceções, como provimento sumário não cautelar, é expressão do princípio da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), ao agilizar a prestação jurisdicional de conhecimento como alternativa à completude do processo de cognição.

Ademais, quando o réu requerer a produção de provas, não será o autor que irá suportar a demora do processo para o respeito ao contraditório. O autor vai atravessar a

[69] GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 829.

dilação probatória já com o bem da vida, absorvendo o demandado tanto o bônus como o ônus de sua opção probatória. Essa redistribuição do custo do tempo processual que a técnica propicia é instrumento real de aplicação e efetividade do princípio da duração razoável do processo ou de uma de suas faces, a celeridade.

MARINONI[70], ao tratar das técnicas da *reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada* e da *monitória* (artigo 273, II, c.p.c.), já referidas acima como prováveis expressões da condenação com reserva de exceções, observa precisamente este efeito salutar da *redistribuição temporal do processo*:

> O presente item objetiva estudar técnicas que, visando distribuir de forma adequada o tempo do processo entre os litigantes, viabilizam a tutela antecipatória independentemente da alegação de perigo de dano. *Melhor explicando: as espécies de tutela antecipatória que agora interessam têm por único fim permitir a correta distribuição do tempo do processo entre as partes.* Como tal distribuição é feita a partir da premissa de que o réu não pode beneficiar-se com a demora do processo, a tutela antecipatória, nesses casos, funda-se em técnicas que consideram a evidência do direito do autor, mas têm o cuidado, evidentemente, de não comprimir o direito de defesa.
>
> (...)
>
> Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para a elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento.

Se é possível adequar, com facilidade, a técnica da condenação com reserva de exceções ao princípio da duração razoável do processo, o mesmo não se pode dizer do contraditório.

7. *Segue*: O contraditório postecipado

[70] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, pp. 234-238.

As questões relativas ao confronto entre contraditório e celeridade a serem enfrentadas quanto ao tema são as mesmas que desafiam a doutrina nacional e estrangeira já há muito: o processo que permite atividade executiva, com intromissão no patrimônio do réu, mediante cognição sumária, em razão da celeridade sem urgência, respeita as garantias do contraditório e da ampla defesa? O contraditório postecipado, quanto às exceções ressalvadas, pode classificar um processo como sendo justo ou devido? A condenação ressalvada respeita a garantia à cognição adequada?

MICHELE TARUFFO[71] critica a sumarização gravemente, porque, dentre outras "derrogações e exceções" às garantias constitucionais do processo justo, produz limitação de contraditório pleno. Para TARUFFO, quando os procedimentos sumarizados produzem restrição ao contraditório pleno e antecipado, afastam o processo da busca da verdade dos fatos, o que constitui elemento fundamental para o alcance de uma decisão qualitativamente justa. No contraditório *postecipado*, segundo o autor[72], o devedor é condenado antes mesmo de ter conhecimento da existência de um processo contra ele.

Esta crítica não poderá ser imputada totalmente à condenação com reserva de exceções, porquanto o provimento executivo somente pode ocorrer após a integração da relação processual, a partir da participação do réu. A técnica permite que o réu intervenha nos autos antes do deferimento do provimento executivo e após, contra este provimento, através do recurso cabível.

O contraditório não é pleno ou antecipado, mas terá maior abrangência e substância do que qualquer medida cautelar ou provimento injuncional deferidos *inaudita altera pars* e, principalmente, de qualquer título executivo extrajudicial. Se compararmos o conteúdo declarativo de um título de crédito abstrato, como de um cheque ou de um contrato (declaração de vontade das partes na origem do negócio), com o conteúdo de uma decisão prolatada após a oitiva das partes e o conhecimento de suas provas documentais (manifestação das partes perante o juiz após o desenrolar do negócio), não parece razoável, no sentido constitucional do termo, inadmitir como justa a executividade da condenação ressalvada. Em outros termos: se é legítimo ao

[71] "*Aunque no se comparta una posición tan extrema, es necesario de todas maneras reconocer que la tutela sumaria implica derrogaciones y excepciones al modelo constitucional del proceso justo.*" TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 279.
[72] TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 280.

legislador dar executividade aos títulos extrajudiciais, da mesma forma, é legítima a execução destas decisões que possuem maior carga cognitiva por parte do magistrado. Na condenação com ressalva concorre o tipo abstrato, admitido pelo legislador como hábil a produzir execução, com parte da realidade factual, observada pelo juiz naquele caso concreto.

Por outro lado, cabe refletir, em outro sítio mais aprofundado que este, se, em respeito ao princípio da legalidade, a técnica deveria ser utilizada só em hipóteses restritas, para pretensões específicas, como cobrança de crédito, por exemplo, ou se poderia ser inserida no nosso sistema numa fórmula genérica, como pretende o artigo 285 do anteprojeto do Código de Processo Civil.

8. *Segue*: O contraditório quanto ao direito à prova

De qualquer forma, é forçoso reconhecer que a técnica mantém inviolável o direito do réu, mediante o contraditório pleno posterior, de comprovar suas alegações, que, apesar de sumariamente rejeitadas, poderão ser acolhidas no provimento final definitivo após sua satisfatória influência.

Principalmente se partirmos da compreensão garantística de que os destinatários da prova são não só o juiz, mas também, ou principalmente, as partes[73]. O juiz, ao deparar-se com a insubsistência da defesa do réu, poderia assumir o risco do cerceamento de defesa ao indeferir as provas e seguir diretamente para o julgamento antecipado de mérito. A condenação ressalvada resguarda o magistrado deste equívoco: ele respeitará o direito da parte à prova, permitindo a digressão probatória devida ao réu, mas inverterá o ônus temporal do processo, com a entrega do bem da vida ao autor. A técnica é, nesse sentido, precipuamente isonômica.

LEONARDO GRECO[74], após estruturar o pensamento sobre os destinatários da prova, conclui exatamente que essa conjugação, antecipação do provimento executivo e deferimento de prova, responde à celeridade:

> Nem se diga que esse novo paradigma poderá vir a prejudicar a celeridade do processo, transformando o juiz num fantoche nas mãos das partes, porque essa compreensão humanitária e

[73] GRECO, Leonardo. Instituições de processo **c**ivil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 108-111.
[74] *Ibid.*, p. 111.

> tolerante da relação juiz-partes se completa com as modernas técnicas de antecipação de tutela que permitem ao julgador, já convencido do direito do autor, antecipar em seu favor os efeitos da sentença de mérito, sem prejuízo da continuidade do processo em benefício da mais ampla possibilidade conferida ao réu de demonstrar que tem razão.

O mesmo pensamento é reproduzido mais adiante na mesma obra[75]:

> Na verdade, a antecipação do inciso II deveria ser um instrumento de tutela da evidência, como instituída na Itália através do art. 186 *quarter* do Código daquele país, introduzida pela Lei n. 534/1995. Se o juiz tiver se convencido da procedência do pedido, mas o réu tiver requerido prova que, ainda que remotamente, tenha alguma possibilidade de modificar o seu entendimento, ele antecipará a tutela em favor do autor, mas não cerceará o direito de defesa do réu, determinando a continuidade do processo para a produção das referidas provas.

Talvez seja esta a verdadeira razão de aplicação da técnica aqui exposta: a efetividade do direito à defesa mediante o respeito absoluto ao direito à prova. O juiz formou seu convencimento diante das provas documentais e está pronto para o julgamento meritório, compreende na sua perspectiva a completude da cognição, mas, em respeito ao direito probatório do réu, defere a sua prova, não sem antes dar ao autor o objeto de seu pedido.

Se instituída, então, na forma de antecipação de tutela decidida na audiência preliminar do procedimento ordinário ou na audiência do artigo 277 do c.p.c., responderá, também, à oralidade, ante a participação direta e oral do réu na audiência de conciliação.

9. *Segue*: O processo justo e a supressão da instrumentalidade

Aqui, também, não será possível conciliar todos os entendimentos.

Quando se pensa a técnica na forma de *référé*, de extirpação da instrumentalidade ou da eventualidade do provimento definitivo, a fórmula da

[75] *Ibid.*, p. 405.

condenação com reserva de exceções responde ao processo justo, segundo o entendimento do advogado italiano e professor da Universidade de Pisa, CLAUDIO CECCHELLA, quando trata especificamente do *référé* francês, em trabalho acerca do ab-rogado artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2005: "*L'indipendenza del regime della giurisdizione per référé rispetto quello della giurisdizione di merito, come ulteriore annotazione degna di menzione, non coincide affato con una abdicazione ai principi che oggi, nell'ordinamento italiano, diremo 'giusto processo' (art. 111 Cost.)*."[76] Argumenta CECCHELLA que, ao oportunizar e não impedir o contraditório pleno posterior, o *référé* cumpre as exigências do devido processo legal.

TARUFFO[77] também dirige sua crítica a estes provimentos sumários imediatamente executivos do artigo 19 do Decreto legislativo nº 05/2003, sem a necessária produção probatória plena e antecipada, único meio de alcançar a verdade dos fatos e a justiça da decisão. A crítica neste caso se adequa ao modelo da condenação ressalvada, pois também é deferida sob o fundamento da verossimilhança:

> *Por la misma razón, el problema no se supera asumiendo que el pronunciamiento pueda dictarse sobre la base de una semiplena probatio, o de una valoración de mera 'probabilidad' de los hechos (como hace um proyecto ministerial de reforma que se discute actualmente em Italia). Además del error consistente en considerar la probabilidad como algo inferior y más genérico con respecto a la prueba plena de los hechos, confundiéndola por tanto con la mera verosimilitud, resulta que cualquier tipo de determinación que no esté en capacidad de conferir una adequada base probatoria a un juicio pronunciamiento de mérito que incide sobre derechos y obligaciones de las partes (com o sin efectos de cosa juzgada).*

Se superarmos positivamente a constitucionalidade do contraditório postecipado, a fórmula do *référé* não se mostra nociva, pois deixa ao alvitre das partes a instauração

[76] Tradução livre do autor: "A independência do regime da jurisdição por *référé* em relação àquele da jurisdição de mérito, como característica digna de nota, não coincide de fato com uma abdicação aos princípios do que hoje, no ordenamento italiano, chamamos de 'justo processo' (art. 111 Const.)." CECCHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009, p. 108.
[77] TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 281.

posterior do contraditório, excluindo-se, evidentemente, a sua inserção no âmbito de pretensões relativas a direitos indisponíveis.

10. *Segue*: A impossibilidade de cognição sumária produzir coisa julgada

O que não será possível admitir é que se dê a esta decisão sem cognição plena posterior o *status* de coisa julgada material. O Estado só pode imutabilizar uma regra jurídica aplicável a um conflito de interesses se permitiu o exercício do contraditório participativo a todas as partes envolvidas, aí compreendido o direito à prova e aos recursos, inclusive os excepcionais. A coisa julgada só pode resultar de processo no qual a cognição tenha sido plena e exaustiva[78], ou seja, sem limitação de questões de fato e de direito, de provas ou de recursos.

Especificadamente, ANDREA PROTO PISANI caracteriza a cognição plena como aquela na qual há: a) a predeterminação legal da forma e dos prazos processuais, como também dos poderes, deveres e faculdades das partes e do juiz; b) a realização plena do contraditório de forma *antecipada*, quando o provimento judicial é emanado somente após ser dada toda a oportunidade às partes de fazerem valer todas as formas de defesa (probatórias, exceções, demandas reconvencionais etc.; c) a aptidão de produzir coisa julgada material[79].

Quando o legislador entende que a medida deve ser concedida por imposição da celeridade ou da urgência, e que esta concessão ocorrerá mediante cognição sumária, está sabendo, da mesma forma, que este provimento não poderá adquirir a qualidade de imutável sob pena de violar as garantias constitucionais do contraditório e da coisa julgada. A não estabilização da decisão, então, é o "preço", na expressão de TALAMINI[80], a ser pago em troca da celeridade em cognição sumária.

11. A adequação da técnica ao sistema processual brasileiro

[78] Na conceituação de WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.
[79] PISANI, Andrea Proto. *I diritti e le tutele.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 179.
[80] TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

Possuindo o nosso direito processual apenas um distante e histórico exemplar e encontrada atualmente apenas no direito comparado, a técnica da condenação com reserva de exceções, para ser eventualmente aplicada, deve ser submetida às advertências do mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[81] quanto ao que chama do mito da "supervalorização de modelos estrangeiros (ou a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha)."

Adverte BARBOSA MOREIRA que, apesar de nossa legislação possuir vários institutos originários de modelos alienígenas, a importação de modelos do direito comparado deve atender a dois pressupostos.

O primeiro consiste em verificar "a fundo o modo como na prática[82] funciona o instituto de que se cogita no país de origem", dirigindo-se em especial diretamente às fontes reclamadas, evitando-se leituras de "segunda ou terceira mão". A extensão do presente trabalho não possui a pretensão de exaurir todos os meandros da matéria enfrentada, mas sempre buscou se abeberar diretamente das fontes doutrinárias da origem, em suas críticas e elogios ao resultado da aplicação prática dos institutos.

O segundo pressuposto – se "a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la" – parece atendido, na medida em que estes provimentos provisórios, executivos, que não redundam em definitivos ou em coisa julgada, seriam assimiláveis ao nosso sistema processual, notadamente diante da exigência da celeridade e principalmente na forma de antecipação de tutela.

11. Conclusão

Há na técnica um forte caráter garantístico, podendo-se afirmar que ela é produto do feliz balanceamento de duas das garantias processuais que compõem o processo "justo" ou "devido": o contraditório e a duração razoável do processo. Inova ao desvincular o provimento executivo do *periculum in mora*, dando força ao

[81] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos" *in* Temas de direito processual – Oitava Série. Ed. Saraiva, 2004, pp. 7-9.

[82] Quanto **à** aplicação prática dos institutos**,** foi possível localizar alguma evidência no processo documental alemão, o *Mahnverfahren*, em MURRAY e STÜRNER (*op. cit.*, p. 425). Os dados não são recentes, mas os autores informam que em 1989 aproximadamente 5% dos casos civis das cortes locais (*local courts*) e 2% dos casos das *cortes distritais* (*state distrct courts*) são solucionados por esta espécie de processo.

conhecimento do conflito que o juiz obteve das alegações, das provas documentais e da impressão pessoal das partes.

O bem da vida é entregue ao autor após a fase introdutiva de alegação das partes, permitindo-se ao réu passar à fase seguinte para comprovar as suas alegações, mas, agora, *sofrendo* ele as agruras da delonga processual. Divide-se, portanto, entre autor e réu o ônus temporal do processo quando os fatos constitutivos do direito do autor mostrem-se plausíveis, e o réu não os tiver seriamente contestado. Imagina-se o demandado impulsionando rapidamente a instrução processual para poder reverter a decisão promovida em cognição sumária ou, até mesmo, convencendo-se de realizar um acordo ou de desistir dos custos da instrução, ao perder a vantagem do passar do tempo.

Valorizar a duração razoável do processo, sem desrespeitar o contraditório, é o que se deve sempre ter em mente nestes tempos de exacerbada valorização do princípio da celeridade[83] através da criação de múltiplas formas de sumarização.

Bibliografia

BARTOLINI, Francesco; SAVARRO, Pietro. *Codice di Procedura Civile commentato con la giurisprudenza*. 26ª ed. Piacenza: Casa Editrice la Tribuna, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUONCRISTIANI, Dino. *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria.* Disponível em <http: www.judicium.it.>. Acesso em 15 de dez. 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Opere Giuridiche. Vol. IX. Napoli: Morano, 1983.

[83] Aqui cabe outra advertência de BARBOSA MOREIRA: "Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 5.)

_____. *El procedimiento monitorio,* tradução MELENDO, Santiago Sentis. Buenos Aires: Bibliografia Argentina, 1946.

CECCHELLA, Claudio. *Il nuovo processo civile*. Milano: Ed. Il Sole 24 Ore, 2009.

CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I e II, notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. 1ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva e Cia., 1943.

_____. *Princípios de derecho procesal civil*, tomos I e II, tradução espanhola da 3ª edição italiana de JOSÉ CASAIS Y SANTALÓ. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922.

CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie.* In *Il processo civile nello stato democrático*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 69-93.

COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; Michele, TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, vol. II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. *Lezioni sul processo civile, vol. I, Il processo ordinário di cognizione*. 4 ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Ação monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. Código de processo civil anotado. V. 1º. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, junho 2008.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2ª ed. Milano: Ed Giuffrè, 1949.

GRECO, Leonardo. A função da tutela cautelar. *In* Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Tereza Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Org.). Direito civil e processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 829-843.

_____. O Processo de execução. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. "A crise do processo de execução" *In* Estudos de direito processual. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Instituições de processo civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Instituições de processo civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENCHINI, Sergio. *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, ano LXI, n. 3, 2006, pp. 869-902.

_____. *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*. Disponível em http://www.judicium.org/news/ins_02_02_04/art.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos" *In* Temas de direito processual – Oitava Série, Ed. Saraiva, 2004.

_____. "A nova definição de sentença" *in* Temas de direito processual – Nona Série, Ed. Saraiva, 2007, pp. 167-178.

MURRAY, Peter L.; STUNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academia Press, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 373.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006.

_____. *Verso la residualittà del processo a cognizione piena? In studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: Ed. Giappichelli, 2008, pp. 699-707.

_____. *I diritti e le tutele.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SASSANI, Bruno. *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*. Disponível em http://judicium.it/news/ins_26_05_09/sassani%20Ossevatorio%20attivit%E0%20legislativa%20e%20di%20governo.html. Acesso em 08 de fev. de 2010.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Curso de processo civil. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

TORRALBA, Alberto José Lafuente. *La evolución de la tutela cautelar*. R. de Processo, São Paulo, n .156, pp. 77-103, fev. 2008.

VIGNERA, Giuseppe. *La provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c. quale condanna con riserva*. *Rivista di Diritto Processuale.* Padova: CEDAM, ano LXV, n. 1, 2010, pp. 69-82.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e efetividade do procedimento

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do curso da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Professor Adjunto da PUC Minas. Advogado. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br.

Márcia de Azevedo Martins

Servidora Pública Federal. Especialista em Direito Processual Civil, pela PUC Minas. Endereço eletrônico: azevedomartins@hotmail.com.

Resumo: De acordo com o neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual Civil, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Ao se partir da premissa de que não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação, o presente trabalho propõe-se a investigar a constitucionalidade da prerrogativa processual do duplo grau obrigatório, ou remessa necessária, previsto no art. 475, do Código de Processo Civil (CPC), em face do princípio da igualdade, ou isonomia, consagrado no art. 5°, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88). Ao se considerar o fator concreto de desigualdade estabelecido como critério legal de discriminação, qual seja, a hipossuficiência do Estado em Juízo, e os pressupostos teóricos justificadores da sua existência, indaga-se se a remessa necessária seria adequada, suficiente e necessária para a proteção dos interesses públicos. Para tanto, revisita-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e utiliza-se o princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação e de solução de conflitos principiológicos, concluindo-se, ao final, que o instituto processual do duplo grau obrigatório implica evidente ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Palavras-chave: Duplo grau obrigatório; Força normativa da Constituição; Princípio da igualdade; Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular; Princípio da proporcionalidade.

Abstract: According to the New Constitutionalism, or Post-positivism, the constitutional principles have a normative force, what reinforces in Civil Procedure Law its character as an instrument for implementation and realization of fundamental rights and garantees. Starting from the premise that one can not reading any procedural institute disconnected from the normative-axiological content of constitutional principles, this study proposes investigating the constitutionality of the procedural prerogative of obligatory double degree of jurisdiction, or obligatory re-examination, required under Article 475 of the Brazilian Code of Civil Procedure, confronting the principle of equality, or isonomy, expressed on the Article 5°, *caput*, of the Brazilian Constitution of the Federative Republic of 1988. Considering the concrete factor of inequality established as the legal criterion for discrimination, that are the procedural deficiencies of the Estate in Court, it´s inquired whether the obligatory re-examination is appropriate, necessary and reasonable to the protection of public interests. In order to do that, the principle of supremacy of public interests over private interests is revisited and the principle of proportionality is used as a principle of interpretation and solution of conflict between principles. At the end, one concludes that the procedural institute of obligatory double degree of jurisdiction implies obvious insult to the constitutional principle of equality.

Keywords: Obligatory double degree of jurisdiction; Normative force of Constitution; Principle of equality; Principle of supremacy of public interests; Principle of proportionality.

Sumário*: 1. Introdução – 2. O duplo grau obrigatório: breves considerações – 2.1. A Fazenda Pública em Juízo – 2.2. Antecedentes históricos do duplo grau obrigatório – 2.3. Natureza jurídica e feição atual do duplo grau obrigatório – 3. Os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade – 4. Revisitando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular – 5. Supremacia do interesse público x igualdade: colisão de princípios – 6. A inconstitucionalidade do duplo grau obrigatório – 7. Conclusões.*

1. Introdução

O princípio da igualdade, ou da isonomia, esculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), prescreve que todos são iguais perante a lei. Do ponto de vista processual, implica igualdade de condições de atuação e armas entre os litigantes e encontra regulamentação infraconstitucional no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC).

No entanto, quando em Juízo, ao Estado foram legalmente conferidas uma série de prerrogativas processuais que parecem configurar tratamento diferenciado em

relação aos particulares, tais como: prazos dilatados, intimações pessoais, isenções de custas, honorários reduzidos e a remessa necessária ─ ou duplo grau de jurisdição obrigatório ─, prevista no art. 475, do CPC, objeto do presente estudo.

Ocorre que a existência do duplo grau obrigatório, a par de estabelecer desigualdade processual entre as partes, também aparenta causar, ainda, um retardamento excessivo ao processo, desprestigiando a decisão de primeiro grau, que se torna totalmente inócua, mesmo em face da inexistência de recurso voluntário do ente público.

Dessa forma, não obstante a sua larga aceitação doutrinária e jurisprudencial, consagrada em súmulas de Tribunais Superiores, o referido instituto processual merece um olhar mais detido em cotejo com os princípios constitucionais que regem o processo.

Com efeito, o Direito Processual moderno não pode ser estudado de forma dissociada do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais, sendo importante indagar, em relação à remessa necessária, se haveria, de fato, uma desigualdade entre a Fazenda Pública em Juízo e o particular, a justificar a sua existência. Se seria razoável postergar a satisfação do direito do autor, que tem razão em sua pretensão, simplesmente por litigar em face do Estado. Se não haveria ofensa ao interesse público na solução célere das demandas e na eficácia dos provimentos jurisdicionais de primeiro grau. E, ademais, se não haveria quebra do princípio constitucional da isonomia.

O presente estudo questiona, assim, a constitucionalidade do reexame necessário, mediante pesquisa eminentemente teórico-documental, que utiliza como fontes tanto a bibliografia nacional, quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores e os dispositivos legais pertinentes.

A metodologia empregada tem como marco teórico o chamado neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, que parte da premissa de que os princípios constitucionais têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual Civil, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, utiliza-se, como obras-base, os estudos feitos por Barroso (2008) e Bonavides (2008).

Após considerações introdutórias acerca dos fundamentos teóricos e práticos que justificam a existência das prerrogativas processuais conferidas ao Estado e sobre o perfil histórico e atual do duplo grau obrigatório, este artigo cuida de investigar o conteúdo material do princípio da legalidade, sua relação com o princípio da isonomia e em que essa consistiria, do ponto de vista processual. Posteriormente, efetua uma análise crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, conforme proposto por Ávila (2007), para então solucionar o aparente conflito existente entre a igualdade e a supremacia do interesse público, à luz do princípio da proporcionalidade, utilizado como instrumento de interpretação.

A escolha do tema é justificada tanto pela atualidade do enfoque pós-positivista, quanto pela existência de divergência doutrinária a respeito, em que pese a sua ampla aplicação jurisprudencial, bem como pela sua relevância social, dadas as repercussões processuais que podem advir do reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da remessa necessária.

2. O duplo grau obrigatório: breves considerações

Antes de se adentrar na discussão acerca da constitucionalidade do instituto processual do duplo grau obrigatório, impende tecer considerações introdutórias sobre os fundamentos teóricos e práticos que justificam a sua existência, ao lado das demais prerrogativas processuais conferidas aos entes públicos, bem como sobre o seu perfil histórico e atual.

2.1. A Fazenda Pública em Juízo

O direito de ação é dirigido contra o Estado-Juiz — que tem o monopólio da função jurisdicional — por quem diz ter uma pretensão resistida (autor) em face de outrem, denominado réu, segundo Cintra, Grinover, Dinamarco (2007); Marinoni (2006); Santos (2007) e Theodoro Junior (2003).

No entanto, o Estado, na defesa dos seus interesses, também pode figurar como parte no processo, seja como réu ou autor, em razão da proibição da autotutela.

Pelo fato de assumir os encargos financeiros da demanda, normalmente, quando se refere ao Estado em Juízo, ou seja, na condição de parte processual, utiliza-se a expressão *Fazenda Pública*, nesse termo compreendidas todas as pessoas jurídicas de direito público[1] — União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas:

> [...] em Direito Processual, a expressão *Fazenda Pública* contém o significado de *Estado em juízo*. Daí por que, quando se alude à *Fazenda Pública em juízo*, a expressão apresenta-se como sinônimo do *Estado em juízo* ou do *ente público em juízo*, ou, ainda, *da pessoa jurídica de direito público em juízo*[2].

A Fazenda Pública postula judicialmente por meio dos seus procuradores, que detêm capacidade postulatória enquanto advogados públicos, na forma do art. 36, do CPC, e, simultaneamente, a representam, ou presentam[3], judicialmente, nos termos do art. 12, incisos I e II, do diploma processual[4].

Além disso, o Poder Público em litígio, quer no pólo ativo quer no passivo, encontra tratamento legal diferenciado em relação ao particular, caracterizado pela existência de certas prerrogativas instituídas exclusivamente em seu benefício, dentre as quais se podem citar, sem a pretensão de esgotar o assunto: prazos dilatados (art. 188, do CPC; art. 1º-B, da Lei n.º 9.494/97); intimações pessoais (art. 38, da Lei Complementar n.º 73/93; art. 25, da Lei n.º 6.830/80); isenções de custas (art. 4°, inciso I, da Lei n.° 9.289/96; art. 39, da Lei n.° 6.830/80); dispensa de preparo prévio (art. 511, § 1°, do CPC); redução ou supressão do valor dos honorários de sucumbência (art. 20, § 4°, do CPC; art. 1º-D, da Lei n.º 9.494/97); e a remessa necessária (art. 475, do CPC).

Trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que o exame minucioso de todas as prerrogativas processuais existentes extrapola o objeto do presente trabalho.

---

[1] A expressão também compreende as agências reguladoras ou executivas, por ostentarem a natureza jurídica de direito público, conforme Cunha (2007). São excluídas as sociedades de economia mista e empresas públicas, por terem natureza jurídica de direito privado, segundo Cunha (2007) e Costa (2003).

[2] CUNHA, 2007, p. 15.

[3] "Na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem um *órgão* da Fazenda Pública. Então, o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública *presente* em juízo" (CUNHA, 2007, p. 20).

[4] Em se tratando de município que não detenha quadro de procuradores públicos, a lei processual admite a representação processual (ou *presentação*) pelo próprio Prefeito, que, nesse caso, deverá outorgar procuração a advogado regularmente inscrito na OAB, na forma dos arts. 36 e 37, do CPC.

Convém destacar que, de acordo com a doutrina administrativista exemplificada por Di Pietro (2008), Meirelles (2002) e Bandeira de Mello (2008), a existência das prerrogativas em geral conferidas ao Estado se justifica para possibilitar a consecução das finalidades públicas a que a Administração colima. Nesse sentido:

> Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a *supremacia do interesse público sobre o particular*.
> Isto significa que a Administração Pública possui *prerrogativas* ou *privilégios*, desconhecidos na esfera do direito privado [...].
> [...] as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade[5].
>
> No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. [...] os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada[6].
>
> No campo da Administração [...] procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações. Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhe são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos[7].

E, especificamente em relação às prerrogativas processuais, seria essa a justificativa teórica para a sua existência, como restou bem sintetizado por Souto (2000):

[5] DI PIETRO, 2008, p. 60-61.
[6] MEIRELLES, 2002, p. 85.
[7] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 70.

"Esse instituto jurídico decorre, como visto, de uma imposição legal que tem por escopo resguardar o interesse público"[8]. No mesmo sentido:

> Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.
>
> Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas* processuais, identificadas, por alguns, como *privilégios*. Não se trata, a bem da verdade, de *privilégios*. Estes — os privilégios — consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As "vantagens" processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matriz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual[9].
>
> O reexame obrigatório é ditado pelo interesse público e não fere o princípio da isonomia, pois uma coisa é a lei desinteressar-se pela aceitação do particular ao julgado, e outra é exigir reexame da sentença, em razão do interesse relevante em jogo[10].

Do ponto de vista processual, objetiva-se, com tais benefícios, compensar supostas deficiências de ordem técnica, material e humana do Estado em litígio, de forma a implementar a igualdade processual entre as partes:

> Ora, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo

[8] SOUTO, 2000, p. 229.
[9] CUNHA, 2007, p. 36.
[10] SANTOS, 2007, p. 640.

> o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. O volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares.
>
> Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública[11].
>
> Não é por demais repetir que o duplo grau obrigatório, o prazo maior para recorrer, etc. não são nem nunca foram privilégios, no sentido que muitos procuram imprimir ao vocábulo.
>
> Constituem-se, isso sim, numa garantia que o legislador em boa hora conferiu à coisa pública, que não pertence ao servidor eventualmente encarregado de administrá-la ou defendê-la, mas a toda a sociedade. Em suma, o legislador, com essas medidas, tem procurado garantir o patrimônio de todos contra a irresponsabilidade de alguns. [...]. Por essas e por outras razões é que os denominados "privilégios" precisam ser encarados sem paixões, sem partidarismo, mas com a razão voltada para a realidade de que eles intentam proteger o patrimônio de toda a sociedade[12].

Moraes (2003), da sua experiência como Procurador do Estado, ressalta certos aspectos da estrutura judiciária e das dificuldades que os advogados públicos, diferentemente dos particulares, encontram no exercício da defesa da Fazenda Pública e que justificariam a manutenção das prerrogativas processuais existentes, tais como: excesso de demandas, impossibilidade de selecionar e recusar causas, grande extensão do território nacional, exigências de ordem burocrática na obtenção de informações necessárias à defesa judicial do Estado, limitações orçamentárias para contratação de novos advogados públicos e servidores de apoio, dentre outras, e conclui:

> [...] parece-me que as razões existentes para justificar essas prerrogativas processuais são procedentes e, no nosso entender, há, quanto à

[11] CUNHA, 2007, p. 34.
[12] SOUTO, 2000, p. 229-230.

> previsão legal destas prerrogativas, respeito e, principalmente, cumprimento ao princípio da isonomia constitucionalmente assegurado[13].

Pode-se dizer, destarte, que há uma espécie de presunção da hipossuficiência do Poder Público em Juízo, a justificar a manutenção das prerrogativas processuais existentes.

Em que pese não se ter como objeto de estudo a generalidade dessas prerrogativas, para a análise da remessa necessária, é relevante compreender seus fundamentos teóricos e práticos, ao lado dos demais benefícios processuais conferidos à Fazenda Pública, uma vez que a constitucionalidade do instituto processual em exame será verificada à luz do princípio da proporcionalidade, que leva em conta todos esses fatores, o que será melhor explicitado nos tópicos 5 e 6.

2.2. Antecedentes históricos do duplo grau obrigatório

O duplo grau obrigatório não é instituto novo no ordenamento jurídico nacional. Segundo Nery Junior (1993), "tal medida é tradicional no direito brasileiro, oriunda do sistema medieval e sem correspondente no direito comparado [...]"[14]. E, de acordo com tal autor (1993), as razões históricas do aparecimento da remessa obrigatória remontam ao processo inquisitório. Assim, "o direito lusitano criou, então, a ´apelação *ex officio*´, para atuar como sistema de freio àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial"[15].

Também Cunha (2007) tece breve comentário acerca dos fundamentos históricos do reexame necessário, ressaltando que o então chamado recurso de ofício é originário do Direito Processual Penal português e tinha como objetivo "[...] servir como um contrapeso, a fim de minimizar eventuais desvios do processo inquisitório, cujas regras não se estenderam ao processo civil, sempre fincado no princípio dispositivo"[16].

Vê-se que, originaria e diversamente da sua feição atual, o reexame necessário se prestava a proteger o indivíduo contra eventuais arbítrios do Estado-Juiz.

[13] MORAES, 2003, p. 78.
[14] NERY JUNIOR, 1993, p. 262.
[15] NERY JUNIOR, 1993, p. 262.
[16] CUNHA, 2007, p. 174.

Na redação do CPC vigente até 1997, era cabível o duplo grau obrigatório em todas as hipóteses de sentenças proferidas que ensejavam gravame à União, aos Estados e aos Municípios, de anulação de casamento ou que julgassem procedentes os embargos contra a execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

A partir da Lei n.° 9.494/97, foi estendido o duplo grau às autarquias e fundações públicas, sendo esse o perfil que perdurou até o advento da Lei n.° 10.352/01, a qual implicou considerável redução nas possibilidades de cabimento da remessa necessária, o que será objeto da parte seguinte.

2.3. Natureza jurídica e feição atual do duplo grau obrigatório

Com a modificação introduzida no art. 475, do CPC, pela Lei n.° 10.352/01, ficou dispensada a remessa necessária nas hipóteses de condenação ou direito controvertido de valor certo não excedente a sessenta salários mínimos, inclusive no caso de procedência dos embargos do devedor em execução de dívida ativa até esse valor[17], bem como nos casos de sentença fundada em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) ou de súmula do tribunal superior competente, sendo esta a redação atual da referida norma processual:

> Art. 475 CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
>
> I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
>
> II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
>
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.
>
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta)

[17] A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de limitar o cabimento do reexame necessário apenas às hipóteses de procedência de embargos opostos em execução de *dívida ativa*, não alcançando os demais casos. Vide EREsp 251841/SP e REsp 318861/PB.

> salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.
>
> § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente[18].

Didier Junior e Cunha (2008) lembram, também, que a legislação extravagante prevê outras hipóteses de cabimento do duplo grau obrigatório, tais como a sentença concessiva do mandado de segurança e a sentença de extinção da ação popular por carência de ação ou improcedência do pedido[19] e não olvidam a possibilidade de dispensa do reexame necessário na hipótese prevista no art. 12 da Medida Provisória n.° 80-35/01[20].

Convém, ainda, recordar a inexistência da remessa necessária nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 13, da Lei n.° 10.259/01.

Dessa forma, pode-se dizer que a feição atual do reexame necessário, pelo menos em causas de conteúdo patrimonial, pode ser resumida ao binômio: condenação da Fazenda Pública e interesse econômico superior a sessenta salários mínimos (excepcionadas as hipóteses do § 3°, do art. 475, do CPC, e dos arts. 12 da MP n.° 80-35/01 e 13 da Lei n.° 10.259/01).

Salienta-se, ainda, que foi formada uma Comissão de juristas para a redação de um novo CPC[21] que, provavelmente, incorporará no futuro *codex* muitas das alterações,

[18] BRASIL, 1973, Art. 475.
[19] Nesse sentido DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2008, p. 452.
[20] Art. 12 da Medida Provisória n.° 80-35/01: "Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário" (BRASIL, 2001). Ver DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2008, p. 460.
[21] De acordo com Fux (2009), "a Comissão criada pelo Ato Nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, e composta pelos juristas **Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Teresa Arruda Alvim Wambier, como Relatora-Geral dos Trabalhos**, tem como escopo trazer a lume um novel Código de Processo Civil, voltado para a crise da morosidade da justiça. Inúmeras reformas foram levadas a efeito durante a última década, introduzindo notáveis instrumentos de agilização da prestação jurisdicional, dentre tantas, a antecipação de tutela em todos os níveis de jurisdição, a consagração da força da jurisprudência, bem como o rompimento da ortodoxa dualidade de processos de cognição e execução de sentença que representava uma verdadeira

de eficácia comprovada na prática diuturna. Com isso, o anteprojeto criado pela Comissão de juristas prevê o reexame necessário nos seguintes termos:

> Art. 478 Anteprojeto do Novo CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
>
> I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
>
> II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.
>
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.
>
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.
>
> § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação

via crucis para os profissionais do direito. As reformas, não obstante elogiáveis sob todos os aspectos, não lograram conter o volume de demandas existentes no judiciário nacional, por isso a demora na prestação da justiça insiste em persistir. A novel comissão tem como seu grande desafio erigir instrumentos capazes de simplificar os processos e reduzir o número de demandas que acodem ao judiciário, sem prejuízo da garantia constitucional da inafastabilidade. Esse escopo, num primeiro momento de reflexão, nos conduz a refletir sobre a coletivização das demandas como regra, a desformalização do processo, a redução do número de recursos e um enxugamento do código, extirpando institutos que favorecem solenidades que dilargam a duração razoável dos processos, mercê da extirpação de institutos oriundos de nosso matiz europeu, que não se revelaram úteis após 37 (trinta e sete) anos de vigência do código. O desafio é muito grande, porém alcançável, máxime porque a Comissão tem como compromisso ouvir todos os segmentos que atuam no cenário judicial, a começar pelo E. STF, no afã de submeter a um controle prévio de constitucionalidade, as inovações. A comunidade científica como um todo terá ampla participação nos trabalhos da comissão mediante o envio para o presente site de sugestões que serão cuidadosamente avaliadas, sem prejuízo da realização de eventos públicos, seminários e audiências públicas viabilizando um amplo debate. É que nós, integrantes da comissão, temos a justa e serena percepção de que estamos exercendo, apenas, um múnus público, cientes de que com o apoio de tantos quantos militem nesse segmento da ciência jurídica, lograremos erigir um Código de Processo Civil que será na sua essência ideológico-normativa, `O Código de Processo Civil da Nação Brasileira´.`**Mãos à obra´. Ministro Luiz Fux. Presidente da Comissão. Brasília, 03 de novembro de 2009**" (FUX, 2009, internet) (grifos no original).

> adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.
>
> § 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação[22].

Portanto, planeja-se a modificação no valor da condenação que enseja o duplo grau de jurisdição obrigatório (de sessenta salários mínimos para mil), almejando, ainda, que somente haverá a remessa necessária quando for proferida decisão líquida, seja no processo de conhecimento com pedido certo e determinado ou no procedimento de liquidação, prévio à execução em face da Fazenda Pública (art. 834 do Anteprojeto do Novo CPC).

Muito já se discutiu acerca da natureza jurídica desse instituto processual, que já foi considerado verdadeira modalidade recursal.

Contudo, ausente, principalmente, a voluntariedade e a tipicidade inerentes aos recursos, não se pode concebê-lo como tendo natureza recursal, em conformidade com Cunha (2007), Didier Junior, Cunha (2008) e Nery Junior (1993).

Assim, de acordo com a doutrina dominante representada por Didier Junior, Cunha (2008), Marinone, Arenhart (2007) e Nery Júnior (1993), o duplo grau obrigatório tem a natureza jurídica de condição para a eficácia da sentença proferida em prejuízo da Fazenda Pública, obstando o seu trânsito em julgado enquanto não revista pelo tribunal, bem como impedindo a sua execução provisória pelo autor vitorioso em primeiro grau.

Também nesse sentido é a jurisprudência dominante do STF, consagrada na Súmula n.º 423, que menciona que: "não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*"[23].

Ademais, esse instituto processual foi criado exclusivamente a favor do ente público, como pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na Súmula n.º 45, *in verbis*: "no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública"[24].

Os fundamentos do referido acórdão precedente de tal verbete sumular, proferido no julgamento do REsp n.º 14.238/SP, revelam o caráter nitidamente tendencioso do

[22] BRASIL, 2010, Art. 478.
[23] BRASIL, 1964, Súmula n.º 423 STF.
[24] BRASIL, 1992, Súmula n.º 45 STJ.

duplo grau obrigatório, ao obstar o agravamento da condenação imposta à Fazenda Pública, ainda que, no reexame, seja constatado algum erro *in procedendo* ou *in iudicando* em detrimento do particular que deixou de recorrer[25].

Trata-se de tratamento diferenciado e destinado, exclusivamente, à proteção do interesse do Estado em Juízo, uma vez que o reexame necessário "[...] só pode beneficiar a parte a favor de quem foi criado"[26], razão pela qual Theodoro Junior (2003) fala em um verdadeiro "remédio processual de tutela dos interesses de uma das partes"[27].

Importante, também, ressaltar que, segundo Nery Junior (1993) e a jurisprudência dominante no STJ, o duplo grau obrigatório refere-se apenas a *sentenças definitivas*, ou seja, que extinguem o processo com resolução de mérito, não alcançando as sentenças terminativas[28].

---

[25] Nesse sentido: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REFORMATIO IN PEJUS EM REMESSA OFICIAL. O instituto da remessa *ex officio* consulta precipuamente o interesse do Estado ou da pessoa jurídica de direito publico interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida à Fazenda Pública, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. Recurso provido, por unanimidade (BRASIL. STJ. Acórdão da 1ª Turma. REsp n.° 14.238/SP. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, *Diário da Justiça*, Brasília, 16 nov. 1992, p. 15.657).
Nery Junior (1993), contrariamente, entende ser possível a piora na condenação da Fazenda Pública por ocasião do reexame necessário como decorrência do efeito translativo: "Nesse procedimento de remessa necessária é impertinente falar-se em *reformatio em pejus*, já que não atua o princípio dispositivo, mas o inquisitório. Assim, não havendo recurso da parte ou interessado, pode o tribunal, *v. g.*, modificar a sentença agravando a posição da fazenda pública, pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os entes públicos, mas para fazer com que a sentença que lhes fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada por órgão de jurisdição hierarquicamente superior" (NERY JUNIOR, 1993, p. 239).
[26] ROSAS, 2000, p. 322.
[27] THEODORO JUNIOR, 2003, p. 489.
[28] Nesse sentido: EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. ART. 475 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. PRECEDENTES. É cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. Consoante lição dos ilustres professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "as sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária. [...]. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal" (in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 780, nota n. 3 ao artigo 475 do CPC). Nesse diapasão, a colenda Sexta Turma desta egrégia Corte Superior de Justiça, em recente julgado, asseverou que o artigo 475 do Código de Processo Civil "se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (art. 269 do CPC)" [...] Recurso especial improvido. (BRASIL. STJ. Acórdão Unânime da 2ª Turma. REsp n.° 688.931/PB. Relator: Ministro Franciulli Netto, *Diário da Justiça*, Brasília, 25 abr. 2005, p. 324).

Ocorre que, de acordo com a Súmula n.º 325 do STJ, esse instituto processual tem devolutividade plena sempre que houver condenação do Estado. Assim, "a remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado"[29].

Coerentemente, e desde que essa condenação seja superior a sessenta salários mínimos, por força do § 2º, do art. 475, do CPC, ter-se-á de admitir a remessa necessária mesmo no caso de sentenças terminativas no que tange a eventual condenação em honorários, como ressaltam Didier Junior e Cunha (2008):

> Jorge Tosta alude à situação de a sentença terminativa proferida contra o Poder Público conter condenação ao pagamento de verba honorária. Nesse caso, entende ele que é cabível o reexame, se o valor da verba honorária for superior a 60 (sessenta) salários-mínimos. Parece razoável esse entendimento. O Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, tendo, aliás, editado o enunciado n.º 325 da Súmula da sua Jurisprudência Predominante, cujo teor tem a seguinte redação: [...]. Significa, então, que há reexame necessário no tocante a qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência. Cumpre, todavia, consignar, que somente há reexame necessário, mesmo no caso a que se refere o referido enunciado sumular, se o valor da condenação for superior a 60 (sessenta) salários mínimos. Assim, se a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de honorários no valor de até 60 (sessenta) salários-mínimos, não haverá reexame necessário[30].

O duplo grau obrigatório, porém, não alcança as *decisões interlocutórias* proferidas em prejuízo da Fazenda Pública, exceto se se revestirem da natureza de sentenças parciais de mérito (art. 269, do CPC), ou seja, se resolverem definitivamente parte da controvérsia da causa, sendo aptas, portanto, a ensejar a formação da coisa julgada material, conforme Didier Junior e Cunha (2008).

De maneira oposta é a doutrina de Cunha (2007) e Santos (2007), que admitem o reexame necessário em qualquer tipo de sentença proferida contra a Fazenda Pública.

[29] BRASIL, 2006, Súmula n.º 325 STJ.

[30] DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2008, p. 451.

Insta ressaltar, por fim, que se admite a aplicação do disposto no art. 557, do CPC, ao referido instituto, nos termos da Súmula n.º 253 do STJ, que dispõe que: "o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário"[31].

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE

A República Federativa do Brasil constitui-se em um *Estado Democrático de Direito*, na dicção do art. 1º, *caput*, da CR/88.

Segundo Silva (1992), enquanto um Estado de Direito é caracterizado pela submissão ao império da lei, pela separação de Poderes (ou funções) e pelo enunciado e garantia dos direitos individuais, a ordem jurídica de uma Democracia é emanada por órgão legislativo composto por representantes do povo, nos termos do art. 1°, § 1°, da CR/88[32].

De acordo com Bandeira de Mello (2008), o princípio da legalidade "[...] é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria"[33].

A legalidade no Estado Democrático de Direito, porém, não é apenas formal. Antes, reveste-se também de um conteúdo material que visa a realizar aqueles princípios que a ordem jurídica consagra. Em razão disso, salienta Silva (1992):

> [...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade

[31] BRASIL, 2001, Súmula n.º 253 STJ.

[32] Na pós-modernidade, a democracia não deve ser vista apenas do ponto de vista representativo, mas também co-participativo, na qual o titular do poder (o povo) participa de forma ativa não apenas da produção legislativa, mas também na formação das decisões judiciais, a fim de legitimá-las, conforme ressaltado por Leal (2008). Assim, Estado Democrático de Direito é mais do que um estado submetido à lei no sentido formal, de outra forma, seria mero estado de legalidade que comportaria, inclusive, a prática de barbaridades em nome da lei. Nesse sentido, "atualmente, a concepção de Estado de Direito não basta ao exercício do Direito em sua plenitude, porque o Estado autocrático é também um Estado de Direito, com seu povo, sua soberania formal, sua constituição, seus parlamentos e tribunais regidos por leis restritivas de liberdade, dignidade política e econômica, impeditivas do exercício da cidadania e da liberdade de ampla crítica e processual participação popular na criação e reconstrução do Estado" (LEAL, 2008, p. 34).

[33] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 99-100.

> brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas[34].

Faria (2007) chega a dizer que "[...] as leis devem ser justas e democráticas, de modo a traduzir os verdadeiros e reais interesses da sociedade. As leis, divorciadas desses valores, são injustas e contrariam a idéia de Estado de Direito"[35].

Desse conteúdo substancial do princípio da legalidade decorre a conclusão de que a lei encontra na CR/88 seu fundamento de validade não apenas formal, mas também material:

> Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.
>
> Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais[36].

Ao se partir de uma nova hermenêutica constitucional, tem-se a premissa de que os princípios inseridos na CR/88 têm força vinculante[37], ou seja, normativa[38], e

[34] SILVA, 1992, p. 110.
[35] FARIA, 2007, p. 40.
[36] MARINONI, 2006, p. 44.
[37] "Segundo o *princípio da força normativa da constituição* na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas

hierarquicamente vinculam e legitimam toda a legislação infraconstitucional. Nesse sentido:

> As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se intepretam todas as normas infraconstitucionais. [...] A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional[39].

De acordo com essa fase do constitucionalismo moderno, a que se dá o nome de *neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*, em conformidade com Ávila (2008), Barroso (2008)[40], Bonavides (2008)[41] e Didier Junior (2008), tanto na criação das leis quanto na interpretação e aplicação do Direito posto, seja de qual ramo for, deve-se buscar a outorga de concretude aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Por esses motivos, não se pode pretender o estudo do Direito Processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem o processo em um Estado Democrático. Da mesma maneira:

> O processo é instrumento de *realização* do direito material. Quanto o processo é voltado à efetivação do direito material público, é ele mecanismo de concretização da própria razão de ser do Estado social, Democrático e de Direito a que se refere a Constituição Federal. É assim, instrumento de efetivação da própria cidadania, se é que correto

constitucionais, possibilitam a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência" (CANOTILHO, 1999, p. 1151).

[38] Para aprofundamento no tema, recomenda-se também a leitura de BARROSO, 2008, p. 345-349; e BONAVIDES, 2008, p. 244-250, 258-259 e 264-277.

[39] BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 03-04.

[40] "O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional" (BARROSO, 2008, p. 349).

[41] "A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais" (BONAVIDES, 2008, p. 2004).

acentuar existir cidadania que não possa ser vivenciada e experimentada concretamente por dada sociedade, pelos *cidadãos*. Nessas condições, o direito processual público é o realizador do Estado Democrático de Direito. Acesso (e saída) à Justiça é tema que *também* diz respeito ao Poder Público em Juízo. Sem uma tutela jurisdicional *efetiva* não há Estado de Direito[42].

O estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc[43].

Torna-se, portanto, relevante a perspectiva do sistema processual a partir da observância dos princípios, garantias e regramentos que a Constituição impõe. Exige-se, sempre com uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico, que as regras relacionadas com o processo subordinem-se às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores[44].

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos na *dimensão da Constituição*. É o *modulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *via* que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais[45].

[42] BUENO, 2008, p. 320.
[43] DIDIER JUNIOR, 2008, p. 27.
[44] LUCON, 1999, p. 91.
[45] MARINONI, 2006, p. 466-467.

Ao avançar nesse entendimento, a teoria neo-institucionalista do processo, capitaneada por Leal (2008), afasta o seu caráter meramente instrumental para conferir-lhe o *status* de instituição constitucionalizada (ao lado do próprio Estado) e para implementar os direitos fundamentais, baseando-se nos princípios da chamada processualidade democrática (contraditório, ampla defesa, isonomia, direito a um advogado e livre acesso à jurisdição). Assim:

> [...] *instituição* não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos *jurídicos* reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de *procedimentos* estabelecidos em modelos legais (*devido processo legal*) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados[46].

Ao compartilhar esse mesmo raciocínio, Gomes e Sousa (2008) esclarecem que o processo não deve ser visto apenas como um instrumento de resolução de conflitos, como o faz a corrente instrumentalista, antes deve ser enxergado sob a ótica da efetiva realização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, com base numa visão não apenas instrumental, mas democrática do processo, que considera o conteúdo material do princípio da legalidade, conclui-se que a norma processual deve, necessariamente, ser instrumento adequado de realização dos direitos e garantias fundamentais. Portanto:

> […] o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e além disso, ele próprio deve estar estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras

[46] LEAL, 2008, p. 86.

> processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais [...]. No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a *igualdade* das partes e o contraditório[47].

Nesse particular, dentre todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos constitucionalmente, sobrepõe-se a garantia da igualdade, ou da isonomia, consagrada no *caput* do art. 5°, da CR/88, como um princípio constitucional geral, nas lições de Gerra Filho (1996) e Barroso (2008), que ilumina e vincula a interpretação de todos os demais direitos e garantias estabelecidos nos incisos do mesmo artigo.

De acordo com o referido princípio, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]"[48].

Para Ávila (2008), a igualdade consistiria, simultaneamente, tanto em uma *regra* proibitiva de discriminações, quanto em um *princípi*o-fim e, ao mesmo tempo, um *postulado* de interpretação e aplicação do Direito. Nesse sentido:

> A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)[49].

Isso significa dizer que não apenas o aplicador e o intérprete devem se pautar de acordo com a igualdade, mas também o legislador está adstrito à sua observância, a fim de que as leis não sejam editadas em desacordo com a isonomia, consoante bem ressaltado por Bandeira de Mello (1993): "A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitamente todos os cidadãos"[50].

[47] DIDIER JUNIOR, 2008, p. 29.
[48] BRASIL, 1988, Art. 5º.
[49] ÁVILA, 2008, p. 150.
[50] BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 10.

Do ponto de vista processual, Didier Junior (2008) explica que o princípio da isonomia implica a concessão de idênticas condições de atuação e a paridade de armas entre os litigantes[51] e encontra previsão expressa no art. 125, inciso I, do CPC.

A propósito, Nunes (2008), respaldado nos ensinamentos de Leal (2008), ressalta que, no Estado Democrático, a simétrica paridade de armas e a garantia de influenciar na decisão judicial são facetas da garantia do contraditório, pois "impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo"[52].

Do mesmo modo, para Lucon (1999), a igualdade processual, para além de um conteúdo formal, deve ser vista substancialmente como um meio *concreto* de proporcionar às partes condições de real acesso ao Judiciário e de poder influenciar na prestação jurisdicional (igualdade material), já que:

> No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres[53].

A existência de prerrogativas processuais instituídas por lei, exclusivamente em prol da Fazenda Pública, conforme referido no capítulo 2, itens 2.1 e 2.3, e a doutrina dominante, exemplificada por Cunha (2007), Di Pietro (2008), Meirelles (2002), Bandeira de Mello (2008), Moraes (2003) e Souto (2000), implementariam a igualdade material entre as partes, partindo-se do pressuposto de que o Poder Público, ao litigar em

[51] "Os litigantes devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta" (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 44).
[52] NUNES, 2008, p. 154.
[53] LUCON, 1999, p. 97.

Juízo com um particular, seria, por assim dizer, hipossuficiente e, como tal, merecedor de uma tutela especial.

É esse, aliás, o entendimento consagrado pelo Pleno do STF, ao final da década de 1970, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.° 83.432/SP[54].

Na esteira desse entendimento, pela clareza, merecem transcrição os ensinamentos de Cunha (2007):

> Como se vê, não se pode negar que, no mundo todo, a Fazenda Pública é bem diferente dos particulares, razão por que recebe tratamento diferente. Por isso mesmo, a doutrina já nega a existência de igualdade entre a Fazenda Pública e os particulares.
>
> Ora, sabe-se que o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica (ou, antes, "pitagórica" como prefere Giorgio Del Vecchio) de "igualdade proporcional", própria da "justiça distributiva", segundo a qual se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Sendo a Fazenda Pública desigual frente ao particular, somente estará atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento desigual.
>
> Considerando que o princípio da isonomia decorre dessa idéia de tratar igualmente os iguais, tratando-se os desiguais de maneira desigual, existem várias regras, no Código de Processo Civil, que contemplam tratamento desigual, e nem por isso se está a afrontar o princípio da isonomia. Muito pelo contrário. Nesses casos, atende-se ao princípio da isonomia.
>
> Tudo isso, aliado ao fato de a Fazenda Pública ser promotora do interesse público, justifica a manutenção de prerrogativas processuais, e não privilégios, instituídas em favor das pessoas jurídicas de direito público[55].

[54] EMENTA: RECURSO. IGUALDADE PROCESSUAL. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 74 DO DL 960/38. Não ofende o princípio da isonomia, aplicável a igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade dos seus interesses em jogo. Aplicação vetusta do preceito questionado, sem impugnação. Constitucionalidade do art. 74 do DL 960/38. Recurso Extraordinário não conhecido (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE n.° 83432/SP. Relator: Ministro Leitão de Abreu. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 jun. 1980).

[55] CUNHA, 2007, p. 36.

Contudo, é importante indagar se a existência do duplo grau obrigatório estaria, de fato, promovendo a igualdade processual entre as partes e se o interesse público restaria, efetivamente, tutelado pela obrigação de reexame de toda sentença contrária à Fazenda Pública não enquadrada nas hipóteses de dispensa legal referidas nos itens 2 e 2.3 deste estudo.

Segundo os ensinamentos de Bandeira de Mello (1993), o princípio da igualdade comporta fatores de discriminação juridicamente aceitos e toleráveis, desde que haja razoabilidade e harmonia com os demais interesses protegidos constitucionalmente. Com isso:

> [...] as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*[56].

Para Ávila (2008), a efetiva implementação da igualdade deve levar em conta os fins e os meios empregados. Dessa maneira:

> A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. [...]
>
> Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso; fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade,

[56] BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 17.

> dignidade. A violação da igualdade implica violação a algum princípio fundamental[57].

Nesses termos, se na conhecida lição de Aristóteles a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, então, com base nos ensinamentos de Ávila (2008) e Bandeira de Mello (2008), para se perquirir acerca da constitucionalidade do reexame necessário deve-se investigar se o critério ou meio utilizado (prerrogativa processual do duplo grau obrigatório) seria adequado ou necessário à realização do fim colimado pelo legislador (proteção do interesse público), considerado o fator concreto de desigualdade (suposta hipossuficiência da Fazenda Pública frente ao particular em Juízo) e se não haveria algum excesso.

4. Revisitando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

A Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, existe, basicamente, para a realização do interesse público ou bem comum. Portanto, "os *fins da administração pública* resumem-se num único objetivo: *o bem comum da coletividade administrada*. Toda a atividade do administrador deve ser orientada para esse objetivo"[58].

Para Costa (2003), a satisfação dos interesses da coletividade é a finalidade única do Poder Público, pois "[...] o Estado, em toda a sua atuação, deve sempre buscar um único objetivo, qual seja, a realização do interesse público"[59].

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular implica a prevalência dos interesses da Administração em relação aos interesses privados e decorre exatamente dessa finalidade pública perseguida pelo Estado. Desse modo, "a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral"[60].

Na abalizada lição de Bandeira de Mello (2008), o referido princípio consiste em um:

[57] ÁVILA, 2008, p. 150-151.
[58] MEIRELLES, 2002, p. 85.
[59] COSTA, 2003, p. 80.
[60] MEIRELLES, 2002, p. 99.

> [...] verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último[61].

Em razão dessa supremacia e pressupondo a hipossuficiência do ente público em Juízo, é que, em geral, administrativistas e processualistas, entre eles Cunha (2007), Di Pietro (2008), Meirelles (2002), Bandeira de Mello (2008), Santos (2007) e Souto (2000), justificam a existência das prerrogativas processuais a favor da Fazenda Pública, antes referidas neste trabalho.

Entretanto, conforme adverte Bandeira de Mello (2008), nem sempre os interesses defendidos pelo Estado correspondem aos interesses da coletividade, referindo-se à distinção comum na doutrina italiana entre os interesses primários (públicos ou da coletividade, propriamente ditos) e secundários (ou individuais) do Estado. Esses últimos, normalmente, de cunho econômico, associados com os interesses do Erário. De maneira que:

> [...] *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público. É que, além de subjetivas estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos, *não são interesses públicos,* mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito[62].

[61] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 69.
[62] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 65-66.

De acordo com esse renomado administrativista (2008), haveria supremacia apenas quando o Estado encarna os interesses públicos propriamente ditos, ou primários. Portanto:

> […] fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais[63].

Ocorre que a moderna teoria administrativista, representada por Duarte (2006), Binenbojm (2007) e Sarmento (2007), embalada pelos estudos inicialmente feitos por Ávila (2007), na década de 1990, passou a questionar a existência dessa supremacia *enquanto princípio* e deixou de encará-la de forma absoluta ou como um elemento autodemonstrável e inerente a todo ato praticado pelo Poder Público, toda vez em que há conflito de interesses entre particulares e entes públicos.

Nesse primoroso estudo, Ávila (2007) criticou a caracterização da supremacia do interesse público como um axioma, entendido como "[...] uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la"[64]. Ademais, revelou estar convencido de que "[...] não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro"[65] e considerou que as prerrogativas conferidas à Administração Pública encontrariam seu fundamento na legalidade, aduzindo ainda que:

> Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E

[63] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 73.
[64] ÁVILA, 2007, p. 176.
[65] ÁVILA, 2007, p. 214.

> antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular[66].

Ao perfilhar esse mesmo entendimento, Duarte (2006) também ressalta que a existência do interesse público somente pode ser aferida no caso concreto mediante ponderação dos interesses envolvidos. Com isso:

> De ver-se, pois, que não se pode afirmar a existência de interesse público senão no caso concreto, sendo que, não raro, o interesse público poderá corresponder à proteção do interesse individual carecedor de guarita pelo Estado, sendo a ausência de um conceito unívoco de interesse público, portanto, um primeiro fundamento para se espancar a suposta supremacia do interesse público sobre o privado. [...]
>
> Tal como é apresentado pela doutrina tradicional, independentemente das possibilidades fáticas e normativas, a abstrata aplicação do princípio em apreço exclui a possibilidade de ponderação dos interesses envolvidos, pois o interesse público deve ter sempre, segundo sua dicção, maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) possam ser sopesadas[67].

Sarmento (2007), por sua vez, considera que, ao se afirmar aprioristicamente a supremacia do interesse público toda vez em que estão envolvidos interesses do Estado em conflito com os dos particulares, "[...] prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afigura também incompatível com o princípio da hermenêutica constitucional da concordância prática"[68].

Não se desconhece, todavia, a crítica feroz de Carvalho Filho (2007) à teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, representando, nesse particular, uma visão mais tradicional, porque:

> Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos

[66] ÁVILA, 2007, p. 215.
[67] DUARTE, 2006, p. 04 e 07.
[68] SARMENTO, 2007, p. 100.

> fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A "desconstrução" do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita "reconstrução", vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto[69].

Considere-se, porém, que o conceito de interesse público deve ser aduzido do próprio ordenamento jurídico, conforme Bandeira de Mello (2008) mesmo o reconhece, ainda que se refira ao princípio da supremacia como um axioma. De modo que:

> O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão* e *compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consoantes. Donde, jamais caberia invocá-los abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado[70].

Dessa forma, engloba todos aqueles valores eleitos constitucionalmente como relevantes e, do ponto de vista processual, tanto a igualdade processual entre os litigantes quanto a celeridade procedimental e a eficácia dos provimentos judiciais, presentes, respectivamente, nos arts. 5º, *caput*, 37, *caput*, e 5º, LXXVIII, da CR/88 integrariam a noção de interesse público.

[69] CARVALHO FILHO, 2007, p. 26-27.
[70] BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 97.

Conquanto aceite a existência da supremacia como princípio, divergindo, portanto, da tese de Ávila (2007), Osório (2000) reconhece ser difícil estabelecer um conceito apriorístico e material de interesse público, "[...] dada a grande diversidade de conteúdos que um interesse público comporta, e tendo em vista a enorme variedade de situações nas quais pode incidir e operar funcionalmente"[71]. Admite, também, que o seu conteúdo deve ser extraído do sistema, posto que é evidente "[…] que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da CF"[72].

Assim sendo, conclui-se que a existência do duplo grau obrigatório não pode ser justificada *a priori* apenas à luz de suposta supremacia do interesse público, encarada como um axioma, ou seja, tomada como elemento autodemonstrável e indiscutível toda vez em que há conflito com um interesse particular.

Antes e independentemente da adoção ou não do posicionamento de Ávila (2007) acerca da inexistência da supremacia como princípio, deve-se reconhecer que o conceito de interesse público somente pode ser extraído do sistema jurídico em conjunto com os demais valores eleitos constitucionalmente como relevantes, mediante ponderação dos interesses envolvidos.

5. Supremacia do interesse público x igualdade: colisão de princípios

Na remessa necessária, de acordo com a interpretação dada pelo STJ, consubstanciada na Súmula n.º 45[73], consoante tratamento específico no capítulo 2, item 2.3, é vedada qualquer piora na condenação da Fazenda Pública, ainda que, por ocasião do novo julgamento, se verifique algum tipo de erro de julgamento ou de procedimento desfavorável ao litigante particular que deixou de recorrer.

O manifesto intuito de beneficiar exclusivamente o Estado implica aparente ofensa à igualdade processual entre as partes, evidenciando o conflito entre os princípios da supremacia do interesse público e da isonomia, relativamente ao referido instituto processual.

[71] OSÓRIO, 2000, p. 73.
[72] OSÓRIO, 2000, p. 84.
[73] Súmula 45 do STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (BRASIL, 1992).

Contudo, diversamente do que ocorre no confronto entre regras, em que uma vale ou não vale, a colisão de princípios, na lição de Bonavides (2008), citando Alexy, resolve-se na dimensão do valor, não havendo que se falar em anulação ou revogação de um pelo outro e sim em *preponderância* de um deles no caso concreto. Nesse sentido:

> Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.
>
> Antes, quer dizer — elucida Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão da prevalência se pode resolver de forma contrária.
>
> Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um *peso* diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera[74].

A propósito, bastante esclarecedores os ensinamentos de Barroso (2008):

> Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À visa dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de

[74] BONAVIDES, 2008, p. 279-280.

> propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*[75].

Para se aferir qual princípio terá mais peso e deverá preponderar no caso concreto, vem sendo reconhecida a crescente importância do princípio da proporcionalidade como princípio de interpretação. Com isso:

> Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado[76].

No autorizado dizer de Barroso (2008), ele funciona "[...] como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema"[77].

Guerra Filho (1996), igualmente, entende que se deve lançar mão da proporcionalidade no caso de colisão entre princípios, "[...] para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o 'princípio dos princípios': o princípio da proporcionalidade"[78].

O princípio da proporcionalidade está implícito no ordenamento jurídico brasileiro e tem sede material no princípio da igualdade, o qual está expresso no art. 5°, *caput*, da CR/88[79].

Para Barroso (2008), razoabilidade e proporcionalidade podem ser tratadas como um e único princípio:

> Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça,

[75] BARROSO, 2008, p. 329.
[76] BONAVIDES, 2008, p. 425.
[77] BARROSO, 2008, p. 373.
[78] GUERRA FILHO, 1996, p. 82.
[79] Nas palavras de Bonavides (2008), "[...] é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional" (BONAVIDES, 2008, p. 435).

> medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis[80].

Ávila (2008), por sua vez, classifica a proporcionalidade como um *postulado*, não um *princípio*[81], cuja análise envolve a verificação de três aspectos: adequação, necessidade e proibição de excessos (ou proporcionalidade em sentido estrito), distinguindo-o do postulado da razoabilidade, enquanto dever de eqüidade, congruência e equivalência. Assim:

> O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização dos seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.
>
> Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e *fim*, tal com o faz o postulado da proporcionalidade[82].

Adota-se, no presente estudo, a expressão *princípio da proporcionalidade.* Contudo, a abordagem considera os três aspectos levantados por Ávila (2008) ─

[80] BARROSO, 2008, p. 373.

[81] "A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições dá-se o nome de postulados. [...] Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com as outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas" (ÁVILA, 2008, p. 122).

[82] ÁVILA, 2008, p. 159.

adequação, necessidade e proibição de excessos ─ dada a sua precisão para a solução do problema proposto.

Como bem compreendido por Binenbojm (2007), havendo tratamento diferenciado estabelecido por lei, a existência da remessa necessária deve ser submetida ao teste da proporcionalidade para análise da sua constitucionalidade:

> [...] as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade.
>
> Portanto, para que um privilégio em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, é mister que:
>
> (I) compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
>
> (II) o grau ou medida da compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
>
> (III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo[83].

Pretende-se, dessa forma, a fim de se verificar se a remessa necessária atende ao princípio da proporcionalidade, questionar se esse instrumento promove o fim de resguardo ao interesse público, se, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover tal finalidade, não haveria outro menos limitador de direito fundamental e se as vantagens trazidas pela existência do referido instituto processual compensam as

[83] BINENBOJM, 2007, p. 155-156.

desvantagens provocadas ao princípio da igualdade, na esteira dos questionamentos feitos por Ávila (2008)[84].

6. A inconstitucionalidade do duplo grau obrigatório

O exame da natureza jurídica e das hipóteses de cabimento da remessa necessária, bem como a análise dos fundamentos de ordem prática e teórica, que supostamente justificariam a sua existência, revelam que há evidente prestígio aos interesses defendidos pela Fazenda Pública em detrimento dos interesses dos particulares.

Nos termos do tópico precedente, o referido instituto processual deve passar pelo crivo da proporcionalidade, a fim de ter a sua constitucionalidade confirmada, o que não ocorre, conforme se verá.

Com efeito, ao se indagar se esse meio promove o fim de proteção ao interesse público, a resposta há de ser, necessariamente, negativa.

É que nem todo interesse que o Estado defende judicialmente reveste-se da natureza de interesse público, consoante tratamento específico no capítulo 4. Dessa forma, não se pode pressupor, aprioristicamente, que sempre que o Estado litiga em face do particular, ou vice versa, está na defesa de interesses primários[85].

Considere-se, outrossim, que o conceito de interesse público engloba todos os valores consagrados constitucionalmente, o que autoriza dizer que é do interesse público tanto a justiça quanto a celeridade procedimental e a eficiência, ou efetividade, do processo e dos provimentos judiciais (art. 5°, inciso LXXVIII, e art. 37, *caput*, da CR/88).

[84] Ver ÁVILA, 2008, p. 161-162. De forma bastante prática, Alexandrino e Paulo (2006) explicam que o requisito da adequação conduz o administrador a "[...] perquirir se o ato por ele praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos (alcançará o ato os fins almejados?)" (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 125), ao passo que o requisito da necessidade diz respeito à exigibilidade das medidas: "será que não haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (não está desmedida, excessiva, desnecessária, desproporcional, a medida adotada? Os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?" (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 125).

[85] Binenbojm (2007) argumenta com autoridade que "[...] todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequiparações entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais" (BINENBOJM, 2007, p. 155). Bueno (2008) ainda critica o fato de que o Estado, casuisticamente, cria regras para tutelar interesses específicos, desviando-se da sua função primária (BUENO, 2008, p. 322).

O reexame necessário, contrariamente, ao impingir um novo julgamento, independentemente da manifestação da insatisfação das partes, prolonga indevidamente a lide, retira da decisão proferida toda a carga de eficácia e prejudica a eficiência e efetividade dos processos, em primeiro grau de jurisdição, o que se contrapõe ao princípio constitucional da celeridade procedimental.

O instituto processual, nesses termos, não atende ao requisito da adequação.

Sob a ótica da necessidade, também é desproporcional o reexame necessário em relação aos fins colimados.

As deficiências decorrentes do desaparelhamento estatal para bem efetuar a sua defesa em Juízo já são suficientemente supridas pelas demais prerrogativas processuais existentes no *iter* procedimental, até a prolação da sentença ou mesmo após.

De fato, ao se estabelecê-las, garante-se a devida paridade de armas e condições de atuação das partes, o que lhes permite, efetiva e concretamente, influenciar na convicção do Juiz e participar da formação das decisões judiciais. Assim, uma vez observadas as demais prerrogativas durante todo o procedimento, eventual injustiça do julgamento não pode ser presumida tão-somente por ser contrário aos interesses defendidos pelo Estado.

Tampouco se pode presumir que, em toda e qualquer situação, a Fazenda Pública é hipossuficiente em relação ao particular, a merecer tutela especial em Juízo.

Na verdade, para a sua defesa, o Poder Público conta com quadro profissional altamente qualificado, selecionado mediante concurso público de provas ou provas e títulos (art. 37, inciso II, da CRF/88) e a não interposição de recurso voluntário, por sua parte, nem sempre se deve às dificuldades para se defender e sim à sua conformação com a justiça e acerto do julgado.

Por outro lado, no caso de vícios graves, o ordenamento jurídico prevê o cabimento de ação rescisória e até mesmo de ações declaratórias de nulidade ou anulatórias (arts. 485 e 486, do CPC), para a impugnação das decisões acobertadas pela coisa julgada contrárias à Fazenda Pública.

Dessarte, nada obstante se possa eventualmente admitir, no estágio atual, a razoabilidade de algumas das prerrogativas processuais existentes como forma de promover a igualdade entre as partes, compensando as deficiências do Estado em Juízo, não se justifica a existência do duplo grau obrigatório como meio necessário a tanto.

Sob a ótica da proporcionalidade propriamente dita (ou proibição de excessos), não se chega a outra conclusão, pois as demais prerrogativas existentes já se prestam a compensar, mais do que suficientemente, eventual hipossuficiência do Estado na defesa judicial dos seus interesses.

Além disso, há sacrifício demasiado aos princípios da igualdade, celeridade do procedimento e efetividade do processo.

Deve-se considerar, ainda, que o reexame necessário enseja insegurança aos jurisdicionados e conduz ao descrédito do Poder Judiciário, na medida em que gera a presunção de que toda decisão proferida contra a Fazenda Pública não é confiável.

Bueno (2008) comenta que as prerrogativas processuais, em geral, estão sendo utilizadas mais como "[...] subterfúgios para o não-acatamento de decisões judiciais do que necessidades inerentes, decorrentes, razoáveis ou, quando menos, toleráveis à atuação da Administração Pública"[86].

Dessa forma, à toda evidência que a existência da remessa necessária revela-se inadequada, desnecessária e excessiva à proteção do interesse público.

Em hipóteses como essa, de acordo com o princípio da proporcionalidade, revela-se inconstitucional a previsão legal do duplo grau obrigatório. Não foi outra a conclusão a que chegou Guerra Filho (1996):

> Nesse prolongamento necessário e indiscriminado do curso do processo até a instância recursal, facilmente se percebe o gravame ao direito fundamental da parte em juízo à celeridade do feito, para assim ter efetivo acesso ao que lhe é devido. Não havendo um outro interesse, público ou de relevância social, que justifique a desatenção ao interesse individual ou coletivo, de que prevaleça uma decisão de primeiro grau, da qual não há fundadas razões para se recorrer, então o indivíduo de sujeito torna-se mero objeto de um processo, por despropositado, com desrespeito à sua dignidade e da "proibição de excesso" (proporcionalidade em sentido estrito)[87].

[86] BUENO, 2008, p. 312.
[87] GUERRA FILHO, 1996, p. 91.

Também Lucon (1999) é contundente, já que, "além de desacreditar a Administração e o Judiciário, esse privilégio denota verdadeiro desprezo ao tratamento paritário das partes no processo"[88].

Poder-se-ia, eventualmente, considerar a necessidade de mera releitura da Súmula n.º 45 do STJ, de forma tal que, numa interpretação conforme a CR/88, se admitisse que o duplo grau obrigatório pudesse ensejar a revisão do julgado também a favor do particular em litígio, a fim de não haver a quebra da isonomia.

Contudo, uma interpretação nesse sentido, esbarraria, ainda, nos princípios da eficiência do processo e da celeridade no procedimento, salvo se se admitisse o cumprimento provisório do julgado contra a Fazenda Pública, de forma a não postergar indevidamente a satisfação da parte que tem razão.

Resta, assim, reconhecer a absoluta inconstitucionalidade do reexame necessário, por ofensa ao princípio da igualdade à luz do princípio da proporcionalidade.

7. Conclusão

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual Civil, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

Com esse referencial teórico, o presente estudo propôs a investigar, à luz do princípio da proporcionalidade, se a prerrogativa processual do duplo grau obrigatório seria adequada, necessária e suficiente à realização do fim de proteção do interesse público colimado pelo legislador, considerado o fator concreto de desigualdade estabelecido como questão de discrímen, qual seja, a hipossuficiência do Estado para a defesa judicial dos seus interesses.

Do ponto de vista processual, o princípio da isonomia implica a concessão de idênticas condições de atuação e a paridade de armas entre os litigantes. Diversamente, a

[88] LUCON, 1999, p. 121.

remessa necessária foi estabelecida com o intuito exclusivo de tutelar os interesses do Estado em Juízo, desequilibrando a sua relação com o particular.

Por outro lado, o referido instituto processual não se revela adequado, necessário e suficiente para a defesa dos interesses públicos.

Primeiramente, nem todo interesse que o Estado defende reveste-se da natureza de interesse público primário, ou seja, da coletividade. Tampouco se pode olvidar que o conceito de interesse público engloba todos os valores consagrados constitucionalmente, dentre os quais a igualdade das partes, a celeridade procedimental e a eficácia do processo e dos provimentos jurisdicionais, seriamente comprometidos pela existência do reexame em questão.

Com efeito, o duplo grau de jurisdição obrigatório prolonga indevidamente a lide, contrapondo-se ao princípio constitucional da celeridade do procedimento (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88), pois retira da decisão desfavorável ao Estado toda a carga de eficácia, prejudicando a eficiência e efetividade dos provimentos judiciais de primeiro grau e conduzindo a igual desprestígio o próprio Poder Judiciário.

Lado outro, as deficiências técnicas, materiais e humanas que dificultam a defesa da Fazenda Pública são suficientemente supridas, ou compensadas, pelas demais prerrogativas processuais existentes. Ademais, a não interposição de recurso voluntário pelo ente público nem sempre se deve às dificuldades para se defender e sim à sua conformação com a justiça e acerto do julgado.

Considere-se, outrossim, que, nas hipóteses de vícios graves, o sistema admite a impugnação das decisões transitadas em julgado por meio de ação rescisória, de *querella nullitatis insanabilis*, de ações declaratórias de nulidade e anulatórias de decisões não sujeitas à sentença ou quando ela é meramente homologatória, nos termos dos arts. 485 e 486, do CPC.

Conclui-se, dessa forma, que a existência legal da remessa necessária revela-se um meio desproporcional para proteção dos fins colimados pelo legislador, em evidente ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Por conseguinte, a Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo CPC, está perdendo uma grande oportunidade de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o referido instituto.

Referência

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 171-215.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. 2003. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> . Acesso em: 26 mar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO,

Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 117-169.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil*: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. Yussef Said Cahali (Org.). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 fev. 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 11 fev. 1993.

BRASIL. Lei n.° 6.830, de 22 set. 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 24 set. 1980.

BRASIL. Lei n.° 9.469, de 10 jul. 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar n.º 73, de 10 fev. 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei n.º 8.197, de 27 jun. 1991, e a Lei n.º 9.081, de 19 jul. 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 11 jul. 1997

BRASIL. Lei n.° 9.494, de 10 set. 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 jul. de 1985, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 24 dez. 1997.

BRASIL. Lei n.° 10.259, de 12 jul. 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei n.° 10.352, de 26 dez. 2001. Altera dispositivos da Lei n.° 5.869, de 11 jan. de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. *Diário Oficial*, Brasília, 26 dez. 2001.

BRASIL. Medida Provisória n.º 80-35, de 24 de ag. 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis n.°s 8.437, de 30 jun. de 1992, 9.028, de 12 abr. de 1995, 9.494, de 10 set. de 1997, 7.347, de 24 jul. de 1985, 8.429, de 2 jun. de 1992, 9.704, de 17 nov. de 1998, do Decreto-Lei n.° 5.452, de 01 mai. de 1943, das Leis n.°s 5.869, de 11 jan. de 1973, e 4.348, de 26 jun. de 1964, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 27 ago. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Súmula n.° 45. No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 jun. 1992, p. 10.156.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 14.238/SP. Processual civil. Reformatio *in pejus* em remessa oficial. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, *Diário da Justiça*, Brasília, 16 nov. 1992. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 318.861/PB. Processual Civil. Recurso Especial. Embargos à Execução. Reexame Necessário. Não- Cabimento. Aplicação do art. 577 do CPC. Possibilidade. Súmula n.° 253/STJ. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, *Diário da Justiça*, Brasília, 02 fev. 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 688.931/PB. Processo civil. Reexame necessário. Art. 475 do CPC. Inaplicabilidade às sentenças de extinção

do processo sem julgamento de mérito. Precedentes. Relator: Ministro Franciulli Netto, *Diário da Justiça*, Brasília, 25 abr. 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 ago. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. EREsp 251.841/SP. Processual Civil. Fazenda Pública Estadual. Embargos à execução rejeitados. Reexame necessário. Inaplicabilidade. Relator: Ministro Edson Vidigal, *Diário da Justiça*, Brasília, 03 mai. 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Súmula n.° 253. O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 ago. 2001, p. 264.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Súmula n.° 325. A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 mai. 2006, p. 214.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula n.° 423. Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso "ex-oficio", que se considera interposto "ex-lege". *Diário da Justiça*, Brasília, 06 jul. 1964, p. 83.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 83432/SP. Recurso. Igualdade processual. Privilégio da Fazenda Pública. Art. 74 do DL 960/38. Relator: Ministro Leitão de Abreu. *Diário da Justiça*, Brasília, 06 jun. 1980. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 11 jul. 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpidella (Coords.). *Direito processual público*: a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79-88.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, n.° 1, jul.-dez. 2006. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/index.php?centro=edicao&curso=sum&edicao=01>. Acesso em: 14 jul. 2008.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FUX, Luiz. Sobre a Comissão. *Senado Federal*: Brasília, 03 nov. 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/default.asp>. Acesso em: 18 jan. 2010.

GOMES, Magno Federici; SOUSA, Isabella Saldanha de. Teoria neo-institucionalista em face da instrumentalista: a efetividade do processo e a celeridade do procedimento. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 5, n.° 25, p. 64-81, jul./ago. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n.° 82, p. 71-91, abr./jun. 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpidella (Coords.). *Direito processual público*: a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-78.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais*: teoria geral dos recursos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influcência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145-165.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*: comentários às Súmulas do STF e STJ. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs*. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 23-116.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 1.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS FEITOS: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO NA BUSCA DE SOLUÇÕES À *CRISE DO PROCESSO*

Márcio Carvalho Faria

Mestre em Direito Processual (Universidade Estadual do Rio de Janeiro). Professor Assistente de Direito Processual Civil (Universidade Federal de Juiz de Fora). Integrante do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado.

"*No processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça*"[1] (Eduardo J. Couture)

Resumo: O presente artigo objetiva estudar o problema da (falta de) tempestividade da tutela jurisdicional, tentando estabelecer premissas acerca do princípio constitucional da duração razoável dos processos, a fim de sistematizar as questões dele decorrentes e facilitar a obtenção de soluções para a *crise do processo*, à luz das reformas processuais e do *processo justo*.

Palavras-chave: duração razoável do processo – reformas processuais – devido processo legal – tentativa de sistematização – processo justo

Abstract: This paper aims at critically investigating (un)timeliness in judicial response to case resolution at the Brazilian Courts, by trying to establish the premises that support the constitutional principle of reasonable duration of legal suits. The investigation is carried out in order to organize a framework of the questions deriving from the timeliness issue and provide useful elements to arrive at solutions for the current procedural law crisis, in the light of procedural law reform and fair process.

Keywords: reasonable duration of cases – procedural law reform – due process – framework – fair process

Sumário*: 1. A crise do tempo (ou da falta dele) no processo. 2. A morosidade tupiniquim. 3. O devido processo legal e a tempestividade da tutela jurisdicional: firmando-se premissas. 4. As reformas legislativas e as diversas tentativas de soluções para a crise. 5. Ainda: as soluções (ou tentativas de). Considerações finais. 6. Bibliografia.*

[1] COUTURE, Eduardo J. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil (con exposición de motivos).* Montevideo: Impressora Uruguaya, 1945, Exposição de Motivos, Capítulo II, §1º., n. 10, p. 37 *apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios processuais na Constituição Brasileira.* 9.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 315.

1. A crise do tempo (ou da falta dele) no processo

Um - senão o maior - dos problemas mundiais é a administração do tempo. Tudo se passa muito rápido, e as relações, antes duradouras e vitalícias, tornam-se efêmeras. O homem não mais se contenta com aquilo que seus ancestrais detinham, e busca, incessantemente, novos e breves direitos. Relações familiares, de amizade, de emprego, sociais, enfim, são cada vez mais intensas, porém menos prolongadas. Não se concebe, como outrora, que se aguarde o passar do tempo.

Aliado a isso, o mundo globalizado nos exige uma dedicação ainda maior que aquela que nossos pais tiveram. A gigantesca necessidade de atualização, aliada à imprescindível imperiosidade de informações, faz com que o cidadão, a fim de "não perder o bonde da história", dedique-se integralmente em todas as tarefas do cotidiano, sejam pessoais, profissionais ou vitais.

Já se tornou jargão dizer que o mal do século é a falta de tempo, e com ela todos temos de lidar, da melhor maneira possível. Os meios de comunicação encurtam distâncias, trazendo a indispensável informação, de um modo nunca dantes visto; os de transporte, por seu turno, apresentam-se mais e mais eficazes, permitindo que o homem atinja locais antes inimagináveis e/ou de extrema dificuldade, em tempo sempre menor. Enfim, todos "correm", muito embora alguns sequer tenham um destino definido.

Apesar disso, o processo e a justiça (vez que aquele é, inegavelmente, meio de efetivação e obtenção desta) não seguiram todo esse avanço, e aí reside o cerne de nosso debate.

Parece senso comum a ideia de que o processo judicial (e porque não dizer administrativo, o parlamentar[2], o legislativo...) é moroso, intrincado e, por vezes, paquidérmico.

Nesse diapasão, e até mesmo como reflexo dos anseios da sociedade, a comunidade jurídica, aliada aos demais poderes da República[3]-[4], tenta, de há muito, debelar o que se cunhou de "crise do processo".

[2] Nesse sentido: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. "O poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito e as garantias processuais do indiciado", *in* GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. (org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-58.

Em todo o mundo, com mais ou menos intensidade, sobretudo os processualistas enfrentam um dilema hercúleo, qual seja: imprimir celeridade aos feitos, sem que isso implique em desprestígio aos direitos e garantias fundamentais que o passar da História trouxe aos jurisdicionados.

De acordo com abalizada doutrina, notadamente Nelson Nery Júnior[5] e José Rogério Cruz e Tucci[6], que se debruçaram no estudo do direito comparado, há relevantes e recentes tentativas de se debelar essa crise, como se verifica, por exemplo, na Espanha, onde a constituição resguarda, no art. 24: 2, o direito a um processo sem dilações indevidas, assim como ocorre na *Ley de Injuiciamiento civil*, de 2000. Em Portugal não é diferente, tendo o CPC daquele país menção à "duração razoável" dos processos.

No Canadá, já em 1982, através de sua Carta de Liberdades (art. 11, "b"), assim como no Uruguai, pouco tempo depois, a legislação mostrou-se preocupada com a duração desmedida do processo.

Na Itália, inclusive, o problema da morosidade é tamanho que, já no final da década de oitenta, o Estado foi condenado pela Corte Europeia a pagar dano moral derivado da prolongada ansiedade causada ao jurisdicionado pelo êxito da demanda.[7]-[8]

Do mesmo modo, na *common law* a dificuldade da "duração exagerada" do processo traz a lume a necessidade de estudos aprofundados. A *American Bar*

---

[3] "Pacto *de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*", firmado em 15 de dezembro de 2004, e que tem vários objetivos visando, basicamente, a propiciar o pleno "*acesso à justiça*" (art. 5°, inciso XXXV, CF/88). Veja-se: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm, acesso em 8 ago 2010, às 0h45.

[4] O "II Pacto", assinado em abril de 2009, já apresenta seus primeiros resultados, como se vê: http://www.conjur.com.br/2009-dez-27/ii-pacto-republicano-origem-11-regras-agilizar-judiciario, acesso em 8 ago. 2010, às 2h12.

[5] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 10.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 311-321.

[6] CRUZ E TUCCI, José Rogério. "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.

[7] Nesse sentido: RODRIGUES, Valter dos Santos. *A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45*. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-duracao-razoavel-do-processo-na-emenda-constitucional-no-45, acesso em 21 ago. 2010, às 2022.

[8] De se ver que também a Cruz e Tucci não passou despercebido tal histórico julgado, tendo umas de suas obras transcrição traduzida do acórdão datado de 25 de junho de 1987 (CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Duração razoável...", *ob. cit.*, p. 438-442).

Association, como assevera Cruz e Tucci[9], publicou estudo no qual se tentou estabelecer parâmetros objetivos de tempo máximo de duração de cada processo, algo, infelizmente, como se verá, pouco ou nada válido para a realidade da imensa maioria dos países. Aliás, na própria constituição norte-americana, mais precisamente na 6ª Emenda, há expressa preocupação com o *speedy trial clause*.

2. A morosidade tupiniquim

No Brasil, por óbvio, não poderia ser diferente. Aqui a citada crise lamentavelmente nos assola, não sendo, aliás, uma novidade. Já em 1963 grandes estudiosos se reuniram para tentar resolver o enorme problema de excesso de demandas enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente José Afonso da Silva[10]. Sugeriu-se, à época, a criação de um tribunal novo, também de direito estrito, à semelhança da Corte Suprema, a fim de dividir as tarefas do STF. Como se sabe, tal "solução" só foi implementada 25 anos depois, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, e o resultado, infelizmente, não foi o esperado. Outras tentativas foram utilizadas, algumas longe de serem dignas de elogia sob a ótica dos direitos fundamentais processuais, como a anti-democrática arguição de relevância, que permitia aos Ministros do STF a escolha, secreta e sem motivação, dos recursos que iriam ser julgados. Certamente - e a história comprova isso – os processos foram "julgados" mais rapidamente, mas... a que preço?

O tempo passou e o Estado Democrático de Direito, enfim, teve recepção na CF/88 que, dentre tantos méritos, permitiu e difundiu na mente dos cidadãos o acesso à justiça, muito por força do brilhante "projeto Firenze" comandado, na Itália, anos antes, por Mauro Capelletti[11]. Milhões de cidadãos que, décadas atrás, sequer existiam e/ou

[9] CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Duração razoável..., *ob. cit.*, p. 443-444.

[10] "... falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do Direito comum, do Direito fiscal federal e questões de interesse da União e do Direito penal militar. (...) Esse é o defeito que precisa ser eliminado com a criação de, pelo menos, um Tribunal Superior, cuja função será a de exercer as atribuições de órgão de cúpula e de composição das estruturas judiciárias defeituosas, há pouco mencionadas. (....) Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares" (SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário.* São Paulo: RT, 1963, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 10.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 110).

[11] CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.

tinham ciência de seus direitos, tornaram-se jurisdicionados. A explosão da "litigiosidade contida", como ressalta Kazuo Watanabe[12], aliada à abertura das comportas do Judiciário trazida pela CF/88 e várias leis ordinárias respectivas[13], fez com que o Poder Judiciário brasileiro, simplesmente, entrasse em colapso.

Nesse sentido, o processo, já reconhecido em sua terceira fase como "instrumental", pecava por não conseguir atender aos anseios das partes, dos operadores e do próprio Estado. Se, antes, o desafio já era "entrar", "acessar", "chegar" ao Judiciário, hoje o problema é como e, principalmente, *quando* sair. Assim, embora a CF/88 assegurasse, como assegura, incontáveis e indispensáveis direitos, a forma pela qual muitos deles deveria ser efetivada não era eficaz o suficiente.

Após longo sofrimento, e atendendo aos reclamos de renomados juristas, o Constituinte Reformador, em dezembro de 2004, acresceu ao rol de direitos fundamentais do art. 5° o inciso LXXVII), "criando" o princípio da *duração razoável do processo*. Pensava, o leigo, e até o desavisado jurista, que agora o problema poderia começar a ser solucionado, na medida em que, havendo previsão no texto constitucional, todos os três poderes da República deveriam envidar reforços no sentido de atendê-lo.

A mudança foi elogiável, e disso não há, salvo melhor juízo, discrepância. Contudo, a "novidade" não era tão nova assim. Em verdade, como defende Flávia Piovesan[14], desde a entrada na ordem brasileira do Pacto de San José da Costa Rica, ocorrida em 1992, já se poderia dizer no citado princípio. Isso porque, de acordo com os parágrafos 2° e 3°, art. 5°, CF/88, o tratado aqui recepcionado deve ser observado como se lei interina fosse e, ademais, o art. 8°, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos[15], expressamente assevera a necessária observância da duração razoável, pelo

[12] WATANABE, Kazuo. "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", *in Juizado Especial de Pequenas Causas* (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: RT, 1985, p. 2.

[13] *Ad exemplum*, citam-se, notadamente, as leis n.º 9.099/95 e 10.259/01, que implementaram e regulamentam os juizados especiais cíveis e criminais descrita no art. 98, I, CF/88, e a lei 8.078/90, que criou o código de defesa do consumidor, "criando" um dos ramos do direito que mais povoam os processos que superlotam os escaninhos do Judiciário.

[14] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80, *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. v. 1.* 12.ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 57.

[15] CIDH: "Art. 8º (Garantias judiciais). §1º. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na

que se retira que, mesmo antes da EC 45/04, que trouxe a "Reforma do Judiciário", já se podia alcunhá-lo (o princípio) de constitucional.

3. O devido processo legal e a tempestividade da tutela jurisdicional: firmando-se premissas

Em verdade, um mirar atento demonstra que a "duração razoável" já existia desde os primórdios da CF/88 em razão da cláusula aberta do devido processo legal. Um processo, para ser devido, deve ser, *cumulativamente*, público, paritário, adequado, leal, efetivo e *tempestivo*[16]. De nada ou pouco vale "dar a cada um o que é seu" com anos e anos de atraso, pelo que, como é cediço, justiça atrasada é manifesta injustiça.

Nesse prima, dúvidas não restam de que integra o devido processo legal, assim como as garantias do juiz natural, a paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões e da publicidade, dentre outros, o respeito à duração razoável dos feitos.

Assim sendo, o que é uma duração "razoável"? Embora (e felizmente) não haja uma fórmula pronta, a doutrina reconhece quatro critérios para se aferi-la. Assim, conforme Nelson Nery Júnior[17], deve-se levar em conta: a) a natureza do processo e a sua complexidade; b) a atuação das partes e de seus procuradores; c) o trabalho desenvolvido pelo juiz e todo o aparelho estatal e; d) a existência de fixação de prazos para a prática dos mais diversos atos processuais.

Nesse norte, parece claro que uma causa densa não pode ser decidida com a brevidade de um "simples" processo de despejo (a despeito de alguns serem tão complexos quanto qualquer outra demanda). Assim, a criação de critérios apriorísticos pouco ou nada adianta, na medida em que nem sempre uma "pequena causa", sob o prisma econômico, é simples, ao passo que, conforme Alexandre Câmara[18], um corriqueiro incidente de trânsito que envolva dois carros importados, embora simples, pode ser considerada, economicamente falando, uma "grande causa".

---

determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (destaques acrescentados).

[16] Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. v.1*. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 45.

[17] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios..., ob. cit., p. 315.*

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica.* 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31-32.

Além disso, a (in)existência de cooperação entre os sujeitos do processo pode facilitar ou dificultar, sobremaneira, o andamento processual. A inobservância da boa-fé processual[19] certamente fará com que uma causa de distancie da razoável duração.

Antes mesmo da CF/88, professores como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe[20] já discutiam a necessária participação no processo, e a sua relevância ao deslinde das causas. Hoje, inclusive, há quem considere, como Daniel Mitidiero[21], em recente tese de doutoramento, falou-se em uma quarta fase processual, qual seja, a da cooperação. Do mesmo modo, Dierle Nunes[22], aproximadamente na mesma época, considerou que o processo jurisdicional democrático é aquele que almejamos e que deve ser atingido.

Assim sendo, e como José Carlos Barbosa Moreira, é preciso observar que um "sub-mito" da celeridade é achar que todos querem um processo célere[23]. Grandes réus, notadamente poderosas instituições financeiras e grupos econômicos, por vezes, utilizam-se da burocracia processual para obter ganhos, utilizando-se de expedientes pouco ou nada democráticos. Apenas a título de exemplo, sobreleva ressaltar recente e interessante discussão travada no STJ, acerca da possibilidade de desistência de recurso especial designado como representativo da controvérsia que, se julgada, certamente poria fim (ou diminuiria) à controvérsia jurisprudencial favorável àqueles réus[24].

---

[19] TARUFFO, Michele. "L´abuso del processo: profili comparatistici", in Revista de Processo. v. 96. São Paulo: RT, 1999, p. 150-169.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1988.

[21] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009.

[22] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

[23] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O futuro da justiça: alguns mitos", *in Temas de direito processual: oitava série.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3-4: "(...) O submito n.º 2 é a idéia que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Idéia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfecho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, e assim por diante. (...)".

[24] Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.

- É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

A fim de diminuir situações como essa, o terceiro critério já mencionado se afigura como indispensável, qual seja, a atuação diretiva do juiz (art. 125, CPC) que deve coibir excessos e, se necessário, sancionar aquele que litiga de má-fé (art. 17, CPC). Aqui, certamente, insere-se a necessidade de um juiz participativo, diligente, estudante, dedicado e direcionado à satisfação da prestação jurisdicional, munido, enfim, de uma visão que, infelizmente, o atual sistema de ensino jurídico, vocacionado a uma educação generalista e pragmática, visando à aprovação nos disputados concursos jurídicos, não tem sido regra.

Aliado a tudo isso, o juiz necessita de um suporte do Estado, seja em relação ao respeito indispensável às suas garantias, seja quanto ao aparelhamento da máquina judiciária, seja no tocante aos servidores que o auxiliam.

Por fim, fundamental se afigura, também, a fixação em lei de prazos processuais razoáveis e aptos à prática dos mais diversos atos, sejam esses para as partes, sejam para o julgador. Pouca relevância há em se definir o exíguo prazo de 5 (cinco) dias para a interposição de um recurso (v.g., embargos de declaração e agravo interno) e este remédio ficar meses, ou até anos, à espera de protocolo, carimbo, autuação, distribuição, numeração etc.

Por força de sua natureza de direito fundamental, como já lançado e com espeque em Luigi Ferrajoli[25], deve-se considerar que a duração razoável deve ser considerada em todos os processos, sejam civis, penais, tributários, etc., além de, porque não dizer, administrativo, parlamentar e legislativo. Desse modo, não é útil, nem inteligente, que as instâncias administrativas se neguem a decidir os processos respectivos, sob o tênue argumento do excesso de serviços. A burocracia administrativa, infelizmente, somente tem servido para o aumento das demandas judiciárias, pois tem sido freqüente o manejo de mandados de segurança com o único escopo de determinar a autoridade coatora a prática de seu próprio trabalho[26].

Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ .
(STJ, QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 17/12/2008, DJe 04/06/2009)

[25] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* 5.ed. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 854, *apud* CAMBI, Eduardo. "Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo", *in* FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição.* São Paulo: RT, 2006, p. 680.

[26] Nesse sentido, *ad exemplum*, julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:
AMS 200661000207941 AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 313773

Apesar de sua aplicação irrestrita em vários campos, como se viu, a "razoabilidade" da duração deve ser analisada com cautela. Nesse sentido, em processos civis (não penais), em regra, salvo a existência de procedimentos administrativos prévios (como o inquérito civil tutelado pelo Ministério Público), considera-se como *dies a quo* para a contagem da duração razoável a distribuição da demanda no judiciário. No processo penal, por seu turno, como ressalta Nelson Nery Júnior[27], as fases da investigação devem ser consideradas, pois não é justo, nem lógico, muito menos razoável, que alguém se veja investigado (sobretudo se tais fatos chegam ao

Relator(a) JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Sigla do órgão TRF3 Órgão Julgador: 3ª Turma Fonte DJF3 CJ1 DATA:09/08/2010 PÁGINA: 322
Decisão
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Ementa
DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO PENDENTE DE APRECIAÇÃO. DEMORA SUPERIOR A DOIS ANOS. PRAZOS LEGAIS EXTRAPOLADOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. EFICIÊNCIA. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
1. Apelação da União que se cinge à queixa de que o prazo de quinze dias, concedido pela sentença para a autoridade impetrada concluir o exame do pedido de revisão de débito, com base na compensação protocolada em 2004, mostra-se muito exíguo e insuficiente para o cumprimento da ordem. 2. Ocorre que o writ foi impetrado em 2006, ocasião em que a impetrante relatou como sendo óbice à emissão de certidão de regularidade fiscal somente a dívida inscrita em 2004. 3. Ora, a sentença concedeu em parte a segurança apenas para determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 15 dias, analisasse o pedido de revisão de débito e compensação, apresentado pela impetrante, sendo certo que dessa decisão apelou somente a União Federal, a qual alega, em suma, que o prazo concedido para tanto é exíguo e afronta as disposições legais de regência da matéria. 4. *Ocorre que a Administração Pública, segundo dispõe o artigo 37 da Constituição Federal, deverá obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade e da eficiência, o que implica, sob o enfoque tratado no presente caso, atender ao administrado a contento e dentro do prazo previsto em lei, sendo certo que a mesma Carta Política assegura, nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. 5. No caso dos autos, constata-se que pende de análise do Fisco o pedido feito por meio do processo administrativo nº 10880.524863/2004-03, de 21.06.2004, sendo certo que a omissão da autoridade impetrada obrigou a impetrante a ajuizar o writ em 21.09.2006, para obter ordem destinada a obrigá-la a processar e decidir o pedido de compensação, cuja demora tem obstado a emissão de certidões para atender a interesses lídimos do contribuinte. 6. Com efeito, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe (art. 49) que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. Por sua vez, a Lei nº 11.457/2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal, veicula (art. 24) ordem expressa dirigida ao Fisco para que este profira decisão administrativa, no prazo máximo de trezentos e sessenta dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. *7. Resta claro, pois, que a autoridade impetrada encontra-se em mora, quanto ao exame do pedido da impetrante, há quase três anos, não sendo razoável a alegação de que o prazo concedido pela sentença é muito exíguo, quando, na verdade, não poderia ser diferente, em face da demora e da omissão persistente da Administração*. 8. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (destaques acrescentados)

[27] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios..., ob. cit.,* p. 316-317.

conhecimento de terceiros) por longos anos sem que isso maltrate seus direitos fundamentais.

Por outro lado, e mudando-se o foco da abordagem, há que se analisar que o processo, como meio de efetivação de direitos e garantias, não pode ser "fulminante". Celeridade é indispensável, mas ela deve encontrar limite no garantismo. Afinal, como já salientou Fredie Didier Júnior[28], o *direito à demora* é uma conquista de dois mil anos e não pode ser afastado. Pelo mesmo caminho envereda Leonardo Greco[29], que ressalta que o processo deve ter o tempo suficiente para permitir, às partes, e à própria sociedade, a efetivação do direito de defesa, dos recursos, da produção de provas, da colaboração e alegações em juízo. Os processos da Inquisição, totalmente distintos do padrão democrático atual, eram breves, alguns brevíssimos, e ninguém ousa dizer que eram devidos. Do mesmo modo, e até mesmo pela infeliz organização que hoje detêm algumas forças criminosas, os "processos" de julgamento dos inimigos são céleres e eficazes, porém diametralmente oposto daquilo que consideramos devido.

Conforme observaram Dierle Nunes e Alexandre Bahia[30], no Brasil tem se preocupado apenas com a eficiência quantitativa, na qual importa o número de decisões proferidas, de processos julgados, de causas "resolvidas". Há, inclusive, a corroborar tal afirmação, prática de alguns tribunais de medir a competência do juiz pelo número de decisões proferidas, com a divulgação interna de um "índice de produtividade", como se o Poder Judiciário fosse uma indústria de produção em série.

4. As reformas legislativas e as diversas tentativas de soluções para a *crise*

Essa infeliz realidade tem "contaminado" o legislador (ou seria, o contaminado, o juiz?), que recentemente tem trabalhado exaustivamente a reformar as leis processuais. Vivemos uma "onda de reformas", como lançou Dinamarco[31], talvez hoje já tida como maremoto. A título exemplificativo, o recurso de agravo foi por várias vezes reformado, e o Instituto Brasileiro de Direito Processual, responsável, direta ou

[28] DIDIER JÚNIOR, Fredie. "Curso de direito processual civil. v. 1...", *ob. cit.*, p. 59-60.
[29] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 10 ago. 2010, às 0h58.
[30] NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito", *in Revista Eletrônica de Direito Processual.v. 4.* Disponível em www.redp.com.br, acesso em 6 set. 2010, às 1h20, p. 233.
[31] DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2002.

indiretamente, por grande parte dessas modificações, "confessou" que a lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, sobretudo quanto à retirada da recorribilidade da decisão do relator que converte agravo de instrumento em retido (art. 527, inciso II c/c parágrafo único, CPC) mais atrapalhou que ajudou[32].

No mesmo caminho, o art. 285-A, CPC, impugnado pela OAB no STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3695/DF), pretendeu adiantar (ou fulminar) o processo dispensando a presença do réu. Solução? Para alguns, sim, haja vista a manifestação como *amicus curiae* do IBDP subscrita por Cássio Scarpinella Bueno[33] na já citada ADI. Contudo, não parece ser essa uma posição pacífica, sobretudo sob a ótica do devido processo legal e do contraditório material. Afinal, de que maneira pôde – eficazmente - o autor que teve sua demanda ceifada pelo *julgamento antecipadíssimo*[34] da lide *influenciar* o convencimento do magistrado? Ademais, a prática tem mostrado, sobretudo em julgados do TJMG e do STJ, que o novo procedimento trouxe mais dificuldades que soluções, em razão das conhecidas impropriedades do texto legal e de sua má aplicação respectiva.

Outra novidade é a "súmula impeditiva de recursos", que, no art. 518, §1°, CPC, autoriza ao juízo *a quo* não admitir apelação que, em tese, contraria jurisprudência pacificada. Ninguém (ou quase) discrepa acerca da relevância das súmulas e do respeito aos precedentes, até mesmo em homenagem à segurança jurídica e à isonomia. Todavia, as súmulas "simples" (não vinculantes) não podem ser mais fortes que a própria lei (já que não soa errado impugnar a sentença que se firmou em lei ilegal/inconstitucional). Assim, chega-se a um paradoxo: recorrer contra a súmula, não se pode; *contra legem*, permite-se...

Não se pode, como José Carlos Barbosa Moreira ressalta, acreditar no "mito da celeridade" como panacéia para todos os problemas do processo. A rapidez não é *o*

[32] Conforme se verificou, *in loco*, em evento organizado pelo IBDP em Brasília, por ocasião das reformas de 2005 e 2006 do CPC.

[33] BUENO, Cássio Scarpinella. "Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF)". *Revista de Processo*, vol. 138. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2006, p. 165-184.

[34] A expressão, salvo melhor juízo, é de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. "O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide", *in Revista de Processo*, n° 141. São Paulo: RT, novembro de 2006, p.159, conforme se lê, conjuntamente com outras considerações acerca do art. 285-A, CPC, no nosso "O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório", *in Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.* v. 17. Salvador: UFBA, 2009, p. 239-274

valor por excelência, e deve ser considerado em conjunto com todas as garantias fundamentais processuais. Para ele, "se a justiça lenta demais é decerto má, daí não se segue que uma muito rápida seja necessariamente boa", e, continua, "o que todos queremos é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço."[35]

Mais uma vez, volta-se ao dilema que, aliás, encontra-se retratado em um afresco no Vaticano, sobre a justiça, no qual Platão aponta para o céu e Aristóteles, para a terra. Se não há sobre a justiça tal consenso, certamente não haverá, no processo, acerca dessa duração "razoável".

Nesse prisma, uma questão, somente em caráter exemplificativo, vem à baila: é constitucional, no mais amplo sentido do termo, conceder-se a tutela antecipada *inaudita altera parte*? E, nesse diapasão, de que adiantaria, ou prestaria, o contraditório, postergado ou deferido?

Talvez a resposta passe pelo outro viés da eficiência, citado por Dierle Nunes e Alexandre Bahia[36], o da qualitativa, no qual há preocupação não apenas com a massa de processos que se julga, mas, sim, com os jurisdicionados que receberão essa tutela jurisdicional.

Utilizar-se de raciocínios simplistas, como os de atualmente, não resolve. Pensar que as reformas serão a solução, como já se disse, não resolveu; tentar banir o réu do processo, com inegável prejuízo à dialeticidade intrínseca ao processo, também não se afigura razoável. Poder-se-ia dizer, com arrimo nos mesmos raciocínios tênues, que a saída seria o aumento do número de juízes e servidores respectivos. Embora se reconheça o déficit e a desumana carga a que os operadores estão submetidos, a história mostrou que simplesmente abrir novas vagas, varas, comarcas e seções, embora atenda ao interesse de muitos, não resolve o problema. Reportagem recente de capa do Estado de Minas, de 10 de maio de 2010, mostrou que só em Belo Horizonte, nos juizados de consumo, há mais de 600 mil processos à espera de decisão, e que em 10 (dez) anos o número de feitos subiu quase 300% (trezentos por cento), tendo, por outro lado, a conciliação apresentado queda de 20% (vinte por cento). Ora, a ideia dos juizados não era desafogar o Judiciário?

[35] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O futuro da justiça: alguns mitos", *ob. cit.*, p. 5.
[36] NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Processo constitucional (...), *ob. cit.*,acesso em 12 ago 2010, às 3h05.

Além disso, a criação de novos postos, embora atenda aos ditames constitucionais (art. 93, CF), compromete seriamente as finanças públicas, conforme demonstrou Araken de Assis em obra coletiva[37]. A despeito de críticas, sua posição mostra, através de números, o tamanho do impacto que o Judiciário tem nas contas públicas. Será, questiona ele, que se a população disso soubesse, ela não preferiria um incremento na saúde ou na educação?

Mudar as leis, como se viu, nem sempre é solução. Leis, como ressalta Nelson Nery Júnior[38], nós temos, muitas, e boas. Para ele, a questão passaria por uma mudança de paradigma, de mentalidade, do modo como os autores do processo e seus interlocutores o encaram.

Afinal, de que adianta criar uma lei, que regula o processo eletrônico (11.419/06), se grande parte dos advogados públicos sequer tem condições (financeiras, estruturais e cognitivas) de utilizá-lo? Como assevera Leonardo Greco[39], o principal problema, sobretudo em nações terceiro-mundistas, não está no processo, mas fora dele: a pobreza. Quem não tem dignidade, quem não consegue receber do Estado o piso vital mínimo, acaba tentando buscar no Judiciário, talvez o fio de esperança, a caixa de ressonância de seus anseios, provocando a explosão da litigiosidade já mencionada. Aí, nesse ponto, a tentativa de se buscar o "acesso à ordem jurídica justa", como bem disse Kazuo Watanabe[40], acaba por criar o multicitado problema da duração desmedida dos feitos.

Atualmente, inclusive, e como não poderia ser diferente, tanto doutrina como jurisprudência vislumbram a responsabilização do Estado pela morosidade, notadamente quando, em juízo, conseguiu-se demonstrar que o entrave se deu pela má atuação do julgador (no sentido de diligência processual) e/ou do aparato estatal.

Como já citado, na Europa tem sido comum a condenação por desrespeito à duração razoável dos processos, sendo a Itália um dos países mais acionados por esse motivo, até mesmo porque, de acordo com o tratado de Roma, de 1950, tal direito já

[37] ASSIS, Araken de. "Duração razoável do processo e reformas na lei processual", *in* FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo e constituição.* São Paulo: RT, 2006, p. 195-203, especialmente p. 201.
[38] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo..., ob. cit.*, p. 318.
[39] GRECO, Leonardo. "O acesso ao direito e à justiça", *in Estudos de direito processual.* Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-224, especialmente p. 198-199.
[40] WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna", *in* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135, especialmente p. 128.

deveria ser observado (art. 6°, I). Na Itália, há lei expressa nesse sentido, de 2001, mais precisamente de 24 de março de 2001 (Legge Pinto, n.89)[41].

No Brasil, a doutrina tem dito que a duração exagerada ofende o direito do cidadão até mesmo sob o prisma da eficiência administrativa (art. 37, § 6º, CF/88), e já há julgados com condenações importantes em São Paulo (7ª vara federal, processo n.º 89.0017372-3) e no Rio Grande do Sul, por demoras excessivas, como noticiam José Rogério Cruz e Tucci[42] e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[43], respectivamente, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha manifestações restritivas e pouco fundamentadas acerca[44].

[41] RODRIGUES, Valter dos Santos. *A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45*. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-duracao-razoavel-do-processo-na-emenda-constitucional-no-45, acesso em 21 ago. 2010, às 2022.

[42] CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Duração razoável do processo...", *ob. cit.*, p. 447.

[43] O citado professor gaúcho atuou como Relator na apelação 70006474233, na qual a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso por excesso de prazo de um inquérito administrativo, condenando o Estado ao pagamento de R$ 12.000,00 (doze mil reais) por danos morais (cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Duração razoável...", *ob. cit.*, p. 447-449).

[44] Nesse sentido, decisão monocrática de lavra do Min. Humberto Martins, de 17 de maio de 2010, que, expressamente, aduz não ser cabível a condenação do Estado por falta de "previsão legal", mesmo tendo uma ação cautelar de arresto perdurado por quase duas décadas. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.301.640 - RJ (2010/0075294-8)

PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – NÃO CARACTERIZADA –MULTA DO ART. 538 DO CPC – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ – AGRAVO IMPROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por SÔNIA MARIA PERES E OUTROS de decisão que obstou a subida do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado (fl. 110 e):

"CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM RAZÃO DE APONTADOS ERRO JUDICIÁRIO E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO EM MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO QUE PERDUROU POR QUASE DUAS DÉCADAS. INDISPONIBILIDADE DE PARCELA EXPRESSIVA DO PATRIMÔNIO DA FAMÍLIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE COBRANÇA QUE ENSEJOU A CAUTELAR. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE FIXOU A QUANTIA DE OITENTA MIL REAIS A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. APELAÇÕES DE AMBAS AS PARTES. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO EM VIRTUDE DA ADOÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO E DA PATENTE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE PÚBLICO. INOCORRÊNCIA DA PRETENDIDA CARACTERIZAÇÃO INFRA PETITA DA SENTENÇA, UMA VEZ QUE ACERTADAMENTE AFIRMADA POR ESTA ÚLTIMA A PRECLUSÃO DA MATÉRIA RELATIVA AOS DANOS MATERIAIS. ERRO JUDICIÁRIO AFASTADO NA ANTERIOR AÇÃO CAUTELAR. FORMAÇÃO DE COISA JULGADA COM RELAÇÃO AO TEMA (CPC, ART. 468). RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUE DEVE ADVIR DE CULPA QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. A DEMORA NO ANDAMENTO PROCESSUAL POR SI SÓ NÃO JUSTIFICA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIAL, QUE ESTÁ LIMITADA À PRISÃO ILEGAL OU ÀS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 133 DO CPC. INCIDÊNCIA DO ART. 5º, LXXV, DA CRFB. RESPONSABILIDADE DO AUTOR DA CAUTELAR PELOS DANOS CAUSADOS AO MARIDO E

Aqui, inclusive, a preocupação com o "tempo no processo" vem de longe, tendo, já em 1983, o saudoso professor Ovídio Batista da Silva, em Porto Alegre, apresentado tese que, posteriormente, deu ensejo à antecipação de tutela[45]. A "novidade", assim, se é que se pode chamá-la, é o reconhecimento judicial dessa mora, a qual dá ensejo, como visto, a condenações estatais.

5. Ainda: as soluções (ou tentativas de). Considerações finais

GENITOR DOS AUTORES, POR APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 811, I, DO CPC. PROVIMENTO DO 2º APELO (DO ESTADO), COM A IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO AUTORAL, RESTANDO PREJUDICADO O 1º APELO
(DOS AUTORES)."
Os embargos de declaração opostos pelos agravantes foram rejeitados, por unanimidade, segundo acórdão de fls. 125/130e, assim ementado:
"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO, COMO CONSEQÜÊNCIA DE REFORMA DA SENTENÇA DE 1º GRAU. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES, FUNDADA EM PREMISSA EQUIVOCADA DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. INEXISTINDO NO ACÓRDÃO QUALQUER DOS DEFEITOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC – OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE - RESTAM IMPROSPERÁVEIS OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS, QUE NÃO SE PRESTAM A PROVOCAR O REEXAME DA MATÉRIA DA CAUSA. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 17, VII, CPC. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, COM APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM VALOR EQUIVALENTE A 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA."
Em seu recurso especial, os agravantes alegam violação dos arts. 535, 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, art. 8º, inciso I, do Pacto de San José da Costa Rica, positivado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678/1992. *Os autores sustentam ocorrência de erro judiciário, bem como a violação do princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal como direito fundamental pela EC 45/04.* (...)
É, no essencial, o relatório.
Não alcança perspectiva de êxito a pretensão recursal.
(...)
DA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC
Conforme afirmado no acórdão recorrido, no que tange ao erro judiciário, não se deve discutir sobre sua ocorrência no momento da efetiva decretação da medida cautelar, visto que esta se justifica, por sua própria natureza de urgência, em cognição sumária, baseada não em prova inequívoca do direito alegado, mas sim em juízo de verossimilhança e probabilidade.
A condenação do Estado pela demora na prestação jurisdicional, matéria que, por ausência de previsão legal, não merece acolhida doutrinária e jurisprudencial.
(...)
Ante o exposto, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem-se.
Brasília (DF), 17 de maio de 2010.
MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator

(destaques acrescentados)

[45] Nesse sentido: ASSIS, Araken de. "Duração razoável do processo...", *ob. cit.*, p. 196.

As soluções, como assevera Araken de Assis[46], não estão *apenas* nas leis. Criar uma prioridade para cada tipo de cidadão, devidamente "etiquetado", só atende ao ideal neoliberal de "justiça-fornecedora", como cidadãos consumidores[47]. Pouco ou nada vale dizer que o idoso tem prioridade de tramitação (art. 71, lei 10.741/03), se não há meios para efetivar essa prioridade.

Do mesmo modo, criar paliativos como o "Meta 2" apenas demonstra a ineficiência do Judiciário. Afinal, se é preciso um programa nacional para de acelerar os julgamentos parados há vários anos e, sobretudo, esse programa, sem qualquer aumento de pessoal e/ou recursos significativos, dá resultados, é porque existiam, como existem, muitos "tempos mortos" (cf. Humberto Theodoro Júnior[48]) no processo que poderiam ser evitados.

A solução, quiçá, passa pela já mencionada mudança de consciência, sobretudo no que se refere à necessidade de se aferir, *objetivamente*, através de dados empíricos, os reflexos e resultados das mudanças empreendidas.

O jurista, como bem assevera José Carlos Barbosa Moreira[49], não é afeito a pesquisas de campo; como ocorre em vários outros ramos da ciência. Tanto o legislador, como o intérprete, e os operadores em geral, partem da máxima "tentativa e erro", furtando-se a buscar, de modo concreto, as referências para essas modificações.

Apenas a título de exemplo, pesquisa realizada por iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, coordenada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[50], junto a um dos juizados especiais do Rio de Janeiro, localizado em uma comunidade carente, mostrou que, mesmo a justiça estando (pelo menos fisicamente) naquele local, o número de partes que lá residiam era inexpressivo[51].

[46] *Idem, ibidem*, p. 197: "Se todos os processos receberem o rótulo de prioritários, de acordo com os mais variados critérios e por força de infinitas circunstâncias, nenhum se destacará da vala comum".
[47] NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Processo constitucional...", ob. cit., acesso em 21 ago. 2010, às 19h17.
[48] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm, acesso em 28 ago. 2010, às 2h10.
[49] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O futuro da justiça...", *ob. cit.*, p. 11-13.
[50] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
[51] "(...) Pesquisas realizadas por iniciativa de nossa faculdade de direito sobre o funcionamento dos juizados especiais cíveis e da ação civil pública, as quais tive o privilégio de coordenar, revelaram quão longe estamos do processo idealizado como instrumento de efetivo acesso à justiça. A maior parte do público que freqüenta os juizados é de pessoas da classe média. No Juizado existente na favela do Pavão e

Verificou-se, assim, através de *dados*, que colocar um juizado na favela, sem outras medidas sócio-educativas aliadas, não resolve o déficit de justiça que aqueles hipossuficientes experimentam.

Por fim, verifica-se que o problema é tormentoso e sua solução passa muito distante de fórmulas mágicas ou simplistas[52]. Ela, por outro lado, coaduna-se com novos paradigmas que, aliados e bem empregados, poderão ter sucesso. Desse modo, afigura-se, por exemplo, alvissareira a apresentação do projeto de um novo Código de Processo Civil que se preocupa com a cooperação (anteprojeto, arts. 5º e 8º)[53] e com os incidentes de coletivização (anteprojeto, arts. 895 a 906)[54], os quais implementam, na lei, a *realidade plural* das demandas de massa; além disso, apresenta-se também positiva, a nosso ver, a restituição à remessa necessária às causas realmente relevantes ao Estado (cf. art. 478, §2º, do anteprojeto, que altera o montante dos atuais sessenta para mil salários mínimos)[55], a despeito das críticas tecidas em 09 de junho de 2010[56], pela Advocacia Geral da União a respeito.

---

do Pavãozinho não havia sequer uma causa de interesse de uma das pessoas que lá residiam." (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. "A ética e os personagens do processo", *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. 555-562, especialmente p. 557-558).

[52] Apenas para ratificar o afirmado, cumpre observar-se recente pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, no qual se verificou que, desde 2004, a taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro vem se mantendo, com poucas diferenças, em aproximadamente 70% (setenta por cento), mesmo tendo havido, nesses anos, várias reformas processuais. Acesso em 15 set. 2010, às 10h11, disponível em: www.cnj.jus.br; http://www.gazetadigital.com.br/materias.php?codigo=270709&codcaderno=10&GED=6865&GEDDATA=2010-09-16&UGID=45cb270c5de525ae812fe41e6ffb1baa; e http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4677360-EI306,00-Justica+nao+resolveu+dos+processos+de+diz+CNJ.html.

[53] 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, *cooperando* entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 8º As partes têm o dever de *contribuir* para a rápida solução da lide, *colaborando* com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

(destaques acrescentados)

[54] "Art. 895: É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.(...)"

[55] "Seção III

Da remessa necessária

Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (...)".

Ainda acerca do anteprojeto, há se verificar que tamanha é a preocupação com a celeridade que ela aparece, direta ou indiretamente, em incontáveis momentos, acompanhando-o desde a instituição da comissão de juristas encarregados de sua elaboração[57], passando por diversos relatórios das audiências públicas realizadas antes da apresentação do texto ao Senado[58], até encontrar, na exposição de motivos[59], firmes manifestações em sua defesa, muito embora tivesse deixado de abordar, expressamente, por exemplo, a possibilidade de condenação estatal pelo seu descumprimento.

Outra tentativa de solução (a qual, infelizmente, não foi enfrentada pela doutrina com o devido cuidado) seria a tutela da Fazenda Pública, na medida em que, além de a União ser o maior réu do País, todos os entes da Federação, em conjunto, representam mais de 60% (sessenta por cento) dos processos em curso no Brasil[60]. Por esse caminho passaria, assim, um maior fortalecimento das instâncias administrativas e das agências reguladoras (o lhes geraria maior confiabilidade), mas aí, como observou Nelson Nery

---

[56] www.conjur.com.br, edição de 09 de junho de 2010, acesso em 12 ago. 2010, às 1h40. Disponível também em http://www.observatorioeco.com.br/index.php/integra-anteprojeto-do-novo-cpc/, acesso em 12 ago. 2010, às 2h10.

[57] Ato n.º 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal:
"Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil.
O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, no desempenho de suas atribuições, e (...)
Considerando que tanto o acesso à justiça quanto a *razoável duração do processo adquiriram novo verniz ao serem alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente;* (...)" (destaques acrescentados)

[58] Vide, *ad exemplum,* os relatórios das audiências realizadas em São Paulo, em 26 de março de 2010 e , e em Manaus, em 09 de abril de 2010.

[59] "(...) *Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo*. *Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça*. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil. (...)"

"(...) Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um *processo mais célere* as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: (...)
b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – *já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos "tempos mortos*" (= períodos em que nada acontece no processo). (...)" . "(...) O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais *e no menor tempo possível*, realizando o interesse público da atuação da lei material.
Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados.
Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, *mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo*.
A Comissão".

[60] Relatório já citado do CNJ diz que, dos 86,6 milhões de processos em tramitação em 2009, 26,9 milhões eram de execuções fiscais, ou seja, um terço do total.

Júnior[61], a mudança deve ser mais profunda, paradigmática, e com o auxílio de outros ramos, como a sociologia, a política e a filosofia.

6. Bibliografia

ASSIS, Araken. "Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil", *in* FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição.* São Paulo: RT, 2006, p. 195-204.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O futuro da justiça: alguns mitos", *in Temas de direito processual: oitava série.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-14.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. "Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF)". *Revista de Processo*, vol. 138. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2006, p. 165/184.

CAMBI, Eduardo. "Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo", *in* FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição.* São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica.* 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro *et al*. *The Florence access-to-justice project*. Milão: Giuffrè, 1978.

[61] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios..., ob. cit.,* p. 315.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. "A ética e os personagens do processo", *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. 555-562

CRUZ E TUCCI, José Rogério. "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.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, Márcio Carvalho. "O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório", *in Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.* v. 17. Salvador: UFBA, 2009, p. 239-274.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. v.1.* 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual.* Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo.* Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 10 ago. 2010, às 0h58.

_____. *Instituições de direito processual civil. v.1.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. "O acesso ao direito e à justiça", *in Estudos de direito processual.* Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197-224.

_____. "Publicismo e privatismo no processo civil", *in Revista de Processo*, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo: RT, p. 29-56.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial.* 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. "O poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito e as garantias processuais do indiciado", *in* GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (org.). *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29-58.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: RT, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal.* 9.ed. São Paulo, RT, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* 1.ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático

de Direito", *in Revista Eletrônica de Direito Processual.v. 4.* Disponível em www.redp.com.br, acesso em 6 set. 2010, às 1h20.

RODRIGUES, Valter dos Santos. *A duração razoável do processo na emenda constitucional n.º 45*. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-duracao-razoavel-do-processo-na-emenda-constitucional-no-45, acesso em 21 ago. 2010, às 2022.

TARUFFO, Michele. "L´abuso del processo: profili comparatistici", *in Revista de Processo.* v. 96. São Paulo: RT, 1999, p. 150-169.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.* Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm, acesso em 28 ago. 2010, às 2h10.

WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna", *in* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

_____. "Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas", *in Juizado Especial de Pequenas Causas* (obra coletiva coordenada por Kazuo Watanabe). São Paulo: RT, 1985.

OS "QUORA" NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A LEGITIMIDADE DE SEUS PRECEDENTES: A DECISÃO SOBRE O RECURSO PREMATURO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nelson Rodrigues Netto

Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).

***Sumário**: 1 - Introdução. 2 - O Recurso Prematuro. 2.1 - O precedente invocado para a formulação da tese do Recurso Prematuro. 2.2 – Início do prazo recursal com a ciência inequívoca da decisão. 2.3 – A tese do recurso prematuro no Supremo Tribunal Federal. 2.4 – A tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça. 3 - O quórum da Sessão de Julgamento do Recurso Especial nº 776.265. Referências Bibliográficas.*

1 - Introdução

Lendo o jornal "O Estado de São Paulo" nos deparamos com a manchete: "Quórum baixo contamina Supremo e esvazia pauta de julgamentos". O texto relatava que apenas ¼ das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal contaram com a presença da totalidade de seus membros, até aquela data, 10 de maio de 2009.

A jornalista subscritora da matéria asseverava que o baixo quórum nas sessões, problema tradicional do Congresso Nacional, havia atingido o STF, fato que estaria protelando o julgamento de temas relevantes para toda a sociedade, como por exemplo: "1) se gestantes que geraram fetos com anencefalia têm o direito de interromper a gestação ou não; 2) se servidores públicos que mantêm relações homoafetivas têm os mesmos direitos que os heterossexuais ou não; 3) se a Lei de Anistia poderia beneficiar ou não policiais e militares que participaram de crimes como torturas, mortes e desaparecimentos forçados; 4) a regra para quando um governador e seu vice são cassados, pois não há consenso se o substituto deve ser o segundo colocado na eleição ou se deve ser realizada nova votação; 5) como proceder quando um estrangeiro obteve o status de refugiado e sua extradição é requerida".

Posteriormente, na edição de 12 de maio do diário, o corregedor do Conselho Nacional de Justiça e ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, apesar de reconhecer que o ideal é que a composição de qualquer tribunal esteja sempre completa, afirmou que as ausências não ameaçariam a legitimidade das decisões.

É verdade que se fosse exigida a participação de todos os membros de órgãos jurisdicionais colegiados, compostos por número relevante de membros, certamente o seu funcionamento seria prejudicado e, por conseguinte, uma prestação jurisdicional eficiente não seria alcançada, redundando na violação do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Entretanto, não escamoteia a realidade o fato de que a redução dos membros do órgão colegiado pode vir a macular a legitimidade de uma decisão, ou por outras, a sua representatividade, notadamente, em casos em que há divergência sensível quanto ao seu resultado.

Não estamos afirmando a necessidade de que todo julgamento deva ser proclamado à unanimidade, o que seria um absurdo; tampouco afiançamos que a presença da totalidade dos membros do colegiado impediria a divergência. Ponderamos que a legitimidade de uma decisão colegiada resta imaculada quando proferida pela integralidade de seus membros, impedindo quaisquer questionamentos sob esse aspecto, nada obstante, no tocante ao seu conteúdo dela se possa discordar.

2 – O Recurso Prematuro

2.1 – O precedente invocado para a formulação da tese do Recurso Prematuro

No Supremo Tribunal Federal, no particular do tema do recurso prematuro, não vamos nos defrontar com divergência entre os membros da Corte, vez que os resultados têm sido aclamados por unanimidade, inclusive com diversas decisões singulares de relatores.

A análise da jurisprudência do STF se justifica, entretanto, porque é neste Tribunal que vamos localizar a origem da teoria do recurso prematuro.

O acórdão que, em diversas oportunidades, tem sido invocado como o mais antigo julgado relativo ao tema do recurso prematuro, é o do Recurso Extraordinário nº 86.936.

A decisão é da década de 70, tendo sido proferida pela 2ª Turma, relatada pelo ministro Cordeiro Guerra, e acolhida por unanimidade em 18 de outubro de 1978 (DJ 20.10.1978), cuja ementa, no que nos interessa, transcrevemos em seguida:

> "O termo inicial do prazo para recorrer extraordinariamente pressupõe que o acórdão tenha sido lavrado, assinado e publicadas as suas conclusões, não bastando a simples publicação da notícia do julgamento, ainda que em minuciosa súmula do decidido. Intempestividade não reconhecida".

Da ementa já se pode constatar que houve a rejeição de requerimento para que o recurso extraordinário fosse inadmitido por intempestividade.

Realmente, foi rejeitada a preliminar de intempestividade, pois havia se pretendido que o termo inicial para a interposição do recurso fosse o da data da publicação da notícia do julgamento, e não o da data da publicação da íntegra do acórdão. Confira-se um trecho do voto do relator:

> "Tempestivo é o primeiro recurso extraordinário, pois a publicação a que se reporta o recorrente, diz respeito, apenas, à notícia do julgamento, e não à publicação do acórdão recorrido. Desta é que deflui o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Lê-se na publicação de fls. 466, aliás, minuciosa, que foi designado para lavrar o acórdão o Exmo. Sr. Desembargador José Maria de Queiroz. Óbvio, portanto, que dela não poderia recorrer extraordinariamente a parte, já que desconhecidos eram os fundamentos do julgado".

O que é importante destacar é que essa decisão está alicerçada em razões que não se prestam como fundamento para os julgamentos dos recursos prematuros. Como veremos, os acórdãos que decretam a prematuridade da interposição de recursos estão em conflito, ou ao menos, discrepam sensivelmente, desse suposto *leading case* do STF.

Passemos à análise de cada um dos fundamentos do acórdão do RE nº 86.936, para apontar os seus verdadeiros alcances.

A primeira premissa adotada é a de que a mera notícia do julgamento do recurso de apelação, mesmo que publicada no órgão oficial, não se constitui como termo inicial para a interposição do recurso extraordinário.

Neste ponto, o relator destaca um aspecto lógico: apesar da notícia do julgamento da apelação, ainda não se conheciam os seus fundamentos, de sorte que o recorrente não poderia se insurgir contra a decisão. Seria impossível, nesse momento, atender o princípio da dialeticidade recursal, apresentando o recorrente as razões em que embasaria seu pedido de reforma ou de anulação do julgado.

Contrario sensu, é razoável inferir que a Suprema Corte admitiria a interposição do recurso extraordinário, uma vez que o recorrente tivesse condições para tanto, ou seja, desde que já fossem conhecidos os fundamentos do acórdão da apelação. Realmente, em momento algum, o ministro Cordeiro Guerra afirmou que o recorrente, mesmo ciente do conteúdo da decisão recorrida, estivesse impedido de recorrer, devendo aguardar a publicação de seu acórdão.

A segunda premissa do acórdão é a de que, no caso concreto, o controle da tempestividade do recurso extraordinário exigia a prova de que o recorrente estava ciente do início do prazo para sua interposição. Essa prova é a intimação, ato processual que leva ao conhecimento das partes a existência de um ato ou fato do processo para que façam ou deixem de fazer algo, conforme preceituado pelo art. 234, do CPC.

Sustentado nas premissas acima, o acórdão houve por concluir que o recurso extraordinário não poderia ser considerado intempestivo, pois fora interposto dentro do prazo legal, contado a partir da intimação do acórdão da apelação.

2.2 – Início do prazo recursal com a ciência inequívoca da decisão

Em perfeita harmonia com o conteúdo do acórdão do RE nº 86.936, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a ciência inequívoca da decisão tem o condão de dar início ao prazo legal para a interposição de recurso, restando dispensada a intimação para a prática do ato processual.

A Suprema Corte aplicou o princípio da instrumentalidade das formas, admitindo a validade do ato processual se o seu objetivo for alcançado, a despeito de praticado de modo diferente do modelo legal (arts. 154, 244 e 248, do CPC).

A decisão precursora dessa orientação foi proferida no Recurso Extraordinário nº 98.561, 2ª Turma, votação unânime, julgado em 25 de maio de 1986 e publicado no Diário da Justiça de 31 de outubro de 1986. O relator, ministro Djaci Falcão, assim se manifesta:

> Com a retirada dos autos do Cartório do Tribunal, no dia 15.08.80 (sexta-feira), pelo Chefe do Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, houve inequívoca ciência das decisões, com força de intimação. A retirada dos autos equivale a intimação, sob pena de se tratar desigualmente as partes litigantes.

O eminente relator invoca a lição de Moniz de Aragão que, ao comentar o art. 240, do CPC, acentua:

> Partindo do princípio de que o objetivo da intimação é dar conhecimento à parte, entendem os tribunais que ela se faz dispensável quando o advogado tinha notícia inequívoca do ato, antes mesmo de ser intimado, razão não existindo, seja para aguardar a publicação no órgão oficial, seja para exigir a formalização da intimação, pelo escrivão ou oficial. Assim sucede, por exemplo, se os autos foram retirados do cartório com carga, neles constando algum ato já praticado ou despacho já proferido, de que devesse ocorrer a intimação. Nesse caso, a partir do momento da retirada dos autos, houve a ciência do quanto neles se passara ou se encontre, independente de intimação. A ciência inequívoca é o quanto basta. Se o interessado desenvolve qualquer atuação que importe em revelar conhecimento do conteúdo dos autos, não há necessidade de se proceder à sua intimação nem poderá exigi-la, a fim de se considerar no dever de praticar algum ato. Trata-se de corolário das regras que informam a ocorrência da preclusão: praticado um ato incompatível com o desconhecimento de outro, reputa-se preclusa a faculdade de exigir que dele

> seja feita a intimação, a fim de que os efeitos desta se reputem alcançados. A disposição contida no texto [o artigo 240, do Código de Processo Civil], portanto, não pode ser entendida como se erigisse a intimação em ato meramente formal e indispensável, capaz de transformar o conceito que lhe é próprio. Se o interessado já está ciente de modo inequívoco, a intimação perde o objeto e não é a partir desta, mas de outra ocasião que o prazo correrá.[62]

O Superior Tribunal de Justiça segue na mesma toada, mantendo uniforme o entendimento, com caudalosa jurisprudência, motivo pelo qual transcrevemos, apenas para exemplificar, trecho de um julgado recente:

> 1. O termo *a quo* do prazo para interposição de agravo de instrumento, instituído pelo art. 522 do CPC, contra liminar concedida *inaudita altera pars*, começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de citação, exceto na hipótese de comparecimento espontâneo aos autos ou retirada dos mesmos de cartório, pelo advogado da parte, formas de inequívoca ciência do conteúdo da decisão agravada, fluindo a partir daí o prazo para a interposição do recurso. Precedentes do STJ (...). 2. "A regra geral do artigo 241 do CPC não exclui, mas ao revés, convive, com outras hipóteses especiais em que se considera efetivada a intimação. Nesse sentido, enquandra-se a teoria de **'**ciência inequívoca'**.** Assim, inicia-se o prazo da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença, como, *v.g*., a retirada dos autos do cartório, o pedido de restituição do prazo, etc". (FUX, Luiz; *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, pág. 358). (...)". (STJ - AgRg no Resp. nº 1.055.100, 1ª T., rel. min. Luiz Fux, v.u., j. 17.03.2009, DJe 30.03.2009).

Processo significa, etimologicamente, uma ação avante, um ir adiante, e teleologicamente, visa resolver um conflito de interesses submetido ao Estado. A sua marcha, portanto, está sujeita a um regime de preclusão estabelecido pelo art. 183, do

[62] Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2004, vol. II, pp. 276/7.

CPC, que preceitua que decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato processual, salvo prova de justa causa para a inação. Trata-se da denominada preclusão temporal.

Por outro lado, a intimação serve para comunicar à parte, fato ou ato processual em face do qual, a prática de outro ato estará sujeita a prazo, sob pena de preclusão.

Havendo ciência inequívoca da parte a quem incumbe o fazer ou o não fazer, fica dispensada a intimação, e o prazo para o ato processual tem início no momento da referida ciência. Seria redundante a comunicação do ato processual, por meio de intimação, se a parte dele já tem conhecimento. Mais ainda, configuraria desperdício de tempo e recursos financeiros, indo de encontro com o princípio da economia processual.

As teses jurídicas que derivam dos acórdãos dos Recursos Extraordinários nº 86.936 e nº 98.561 são coerentes, pois estabelecem que o controle da tempestividade do recurso é feita ou por meio da intimação da decisão recorrida, ou pela demonstração de que o recorrente tem, inequivocamente, ciência dessa decisão, fatos que marcam o termo inicial do prazo recursal propiciando, com precisão, determinar o seu momento final.

2.3 – A tese do recurso prematuro no Supremo Tribunal Federal

O rompimento na coerência de orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal surge com a formulação de uma nova tese relativa à tempestividade recursal: a do recurso prematuro.

A jurisprudência é remansosa, razão pela qual vamos adotar como objeto de nosso estudo acórdão que contém bem descritos os fundamentos da teoria do recurso prematuro, cuja ementa transcrevemos:

> E M E N T A: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Embargos de Declaração - Extemporaneidade - Impugnação recursal prematura, eis que deduzida em data anterior à da publicação do acórdão consubstanciador do julgamento - Recurso destituído de objeto - Não-conhecimento dos Embargos de Declaração.
>
> A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se

> antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações (impugnação prematura ou oposição tardia), a conseqüência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A simples notícia do julgamento, mesmo tratando-se de decisão proferida em sede de controle normativo abstrato, não dá início à fluência do prazo recursal, nem legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes". (STF – Pleno. Emb.Decl. na MC na ADin nº 2.075-RJ, rel. min. Celso de Mello, v.u., j. 22.02.2001, DJ 27.06.2003).

Segundo a tese do recurso prematuro, a publicação de um acórdão "gera efeitos processuais específicos" e concomitantes, a saber: (i) formaliza a sua integração ao processo; (ii) confere-lhe existência jurídica; e, (iii) fixa-lhe o seu conteúdo material. Acrescente-se que, por derivação de sua inexistência, ausência de conteúdo e, por não estar no processo, a tese afirma que o recurso interposto, antes da publicação do acórdão recorrido, teria "falta de objeto".

O termo acórdão oferece duas acepções: ato e documento. É acórdão, como ato processual, e melhor ainda, como ato judicial, o julgamento proferido pelos tribunais, consoante o art. 162, §2º, do CPC. Igualmente, a documentação desse ato judicial leva o nome de acórdão.

O acórdão como pronunciamento judicial surge no processo, desde o momento em que o presidente do colegiado anuncia o resultado do julgamento, conforme o art. 556, do CPC. Logo, não é a publicação que o torna existente, tampouco fixa seu conteúdo.

A redação do acórdão (documento) é feita pelo relator, ou se este for vencido, pelo julgador, autor do primeiro voto vencedor, ainda consoante o art. 566. O acórdão-documento após lavrado terá suas conclusões publicadas no órgão oficial (art. 564, do CPC).

Neste ponto, cabe esclarecer que a decisão já é *pública* desde o momento que foi proclamado o seu resultado, em sessão aberta e *pública* de julgamento. Acaso assim não fosse, estar-se-ia violando o princípio da publicidade que governa o processo, instrumento *público* de prestação de tutela jurisdicional (art. 93, IX, da Constituição

Federal, e art. 155, do CPC). Estão vedadas, inclusive, alterações dos votos ou do resultado, salvo se for para correção de erros materiais ou por ser acolhido pedido formulado em embargos de declaração (art. 463, do CPC).

A tese do recurso prematuro mistura a publicidade inerente aos atos processuais e que surge, especificamente com relação aos pronunciamentos colegiados dos tribunais, desde a sessão de julgamento, com a sua respectiva intimação, ato processual de comunicação de atos e fatos do processo (art. 243, do CPC).

A parte sucumbente não está obrigada a interpor recurso de uma decisão antes de ser intimada (art. 242, do CPC), ressalvada a hipótese, como vimos no item anterior, de a intimação ser dispensada porque a parte já tem ciência inequívoca de ato processual em face do qual deve agir dentro de um lapso temporal, sob pena de não mais o poder fazer por causa da incidência da preclusão temporal (art. 183, do CPC).

Assim, a intimação para interposição de recurso contra decisão proferida em acórdão, de acordo com os arts. 242 e 506, do CPC, ocorre com a publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial (art. 506, III, na redação da Lei nº 11.276/06).

Em acréscimo, a praxe demonstra que o prazo de 10 dias para a publicação do acórdão no órgão oficial raramente ocorre, sendo certo que frequentemente, ao acórdão-ato soma-se o acórdão-documento nos autos do processo muito tempo antes de sua publicação, fato que propicia, desde então, a interposição do recurso.

Vale recordar que o suposto precedente da tese do recurso prematuro, o RE nº 86.936, jamais impediu que o recurso extraordinário fosse interposto antes da publicação do acórdão recorrido, mas apenas fixou que o termo final do prazo, dentro do critério legal, somente poderia, no caso concreto, ser aferido a partir da contagem do prazo cujo termo inicial era o da intimação de sua publicação.

A afirmação de que o recurso é intempestivo, extemporâneo, porque interposto antes do início do prazo processual é o ponto mais insólito da tese já que confronta com a efetividade, a celeridade, a economia, princípios que norteiam o processo.

A lei estabelece que os atos processuais devem ser praticados dentro dos prazos legais (art. 177, do CPC), e ressalvada a convenção entre as partes com relação a prazos dilatórios, os prazos não se reduzem nem se ampliam, sendo peremptórios (arts. 181 e 182), donde advém a preclusão no seu praticar.

A preclusão tem por finalidade provocar o andamento do processo para que possa atingir seu fim de solucionar o conflito de interesses, de modo que impede a renovação do ato ou a sua prática depois de decorrido o prazo legal. Assim, o que é relevante é o momento final do prazo, ultrapassado o qual se segue a marcha processual. É certo que para se fixar um termo final é necessário haver um marco inicial. Todavia, nada impede a parte praticar um ato processual antes de ser intimada, e se pratica o ato que lhe incumbe é porque tem conhecimento de seu antecedente.

Analisando o tema sob outro ângulo, a afirmação de que o recurso não tem objeto porque não houve a publicação do acórdão, equivale a uma contradição em seus próprios termos. Nada demonstra mais cabalmente a existência de objeto recursal que a sua interposição. Se o recorrente consegue deduzir pedido de reforma (ou anulação) da decisão, fundamentado em razões de fato e de direito, isso significa que o acórdão, com seus fundamentos, já lhe é conhecido. Caberia, quando muito e em sendo o caso, ao órgão julgador, ultrapassado o juízo de admissibilidade, julgar o mérito para prover ou negar provimento ao recurso.

Revela que a interpretação que o STF tem dado à contagem de prazo para fins de aferição da tempestividade recursal afasta-se das regras e princípios processuais, consistindo, pura e simplesmente, em mecanismo ilegítimo para impedir o conhecimento de recursos.

A despeito de tratar de decisão monocrática, é possível haver um certo alento em na superação dessa odiosa interpretação na Suprema Corte, como se verifica da ementa abaixo reproduzida:

> EMENTA. Agravo regimental contra decisão de relator que, por intempestividade, negou seguimento a outro agravo regimental. Recurso não ratificado oportunamente.
> Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação do acórdão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que o antecede. Entendimento que não se aplica no caso de decisão monocrática, a cujo inteiro teor as partes têm acesso nos próprios autos, antes da respectiva publicação. Recurso provido para, afastada a intempestividade do primeiro agravo, dar-se-lhe seguimento. (STF – Pleno. Ação

> Originária Ag.Reg. em Ag.Reg. nº 2.075-RJ, rel. min. Carlos Brito, v.u., j. 16.06.2005, DJ 17.03.2003).

No debate na sessão de julgamento, os ministros esclareceram que as decisões monocráticas são automaticamente disponibilizada na Internet antes mesmo de serem acostadas aos autos, o que não ocorreria com os acórdãos.

2.4 – A tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça fixou orientação no sentido de que é prematura a interposição de recurso especial, enquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos contra a decisão recorrida. Esta linha jurisprudencial discrepa, em boa medida, da interpretação sobre a tempestividade recursal estabelecida no Supremo Tribunal Federal.

Apesar de forte divergência entre os ministros, o acórdão proferido no Recurso Especial nº 776.265 é o que consolidou a tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça, seguindo-se abaixo sua ementa:

> E M E N T A: Processual Civil. Recurso Especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.
> É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instancia ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. Recurso especial não conhecido. (STJ – Corte Especial. Emb.Decl. na MC na ADin nº 2.075-RJ, rel. min. Humberto Gomes de Barrros, rel. p/acórdão min. Cesar Asfor Rocha, m.v., j. 18.04.2007, DJ 06.08.2007).

Apesar do relator para o acórdão invocar vários precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos a tese do recurso prematuro, o objeto da discussão, bem como os seus fundamentos, são distintos daquela Corte.

No STJ, a tese do recurso prematuro desdobra-se na tese do recurso reiterado. A controvérsia envolve a interposição de recurso especial, tendo sido, ou vindo a ser,

interpostos embargos de declaração. Neste Tribunal Superior não há discussão relativa à interposição do recurso antes de sua intimação pela publicação do acórdão recorrido, mas apenas que o recurso especial interposto deverá ser reiterado, acaso venham a ser opostos embargos de declaração. Ao contrário, no STJ, esta interpretação não é aplicada.[63]

A tese do recurso prematuro e não reiterado se alicerça em dois fundamentos: (i) descumprimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias; e, (ii) interposição de recurso, enquanto interrompido o prazo processual. Como consequência, o Superior Tribunal de Justiça exige que o recurso especial seja reiterado depois do julgamento dos embargos de declaração, sob pena de não ser conhecido.

O exaurimento das instâncias ordinárias é requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, derivado da interpretação da Constituição Federal que, na redação atual, estabelece que somente cabe recurso de decisão de única ou última instância (art. 102, III, caput, da CF). A tese é antiga e consagrada na Súmula do STF, enunciado nº 281: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem recurso ordinário da decisão impugnada". Não existe no Brasil o recurso *per saltum*, forma de interposição de recurso para tribunal superior, *saltando* o 2º grau de jurisdição, modelo que é encontrado em outros países como Argentina, Estados Unidos, Portugal, Itália e Alemanha.

Em virtude da similitude de regime jurídico, e de previsão constitucional semelhante (art. 105, III, *caput*, da CF), o recurso especial também somente pode ser interposto de decisão de única ou última instância. Nesta linha, o verbete nº 207, do STJ, dispõe: "É inadmissível o recurso especial, quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

É preciso esclarecer, entretanto, que pelo princípio da correspondência, somente são cabíveis embargos de declaração quando há na decisão omissão, contradição ou obscuridade. Esta espécie recursal tem requisitos de admissibilidade fáceis de serem preenchidos, de sorte que, normalmente, são conhecidos, o que não significa dizer que, com mesma frequência, são providos no mérito. O recorrente deve observar a tempestividade, a regularidade formal, e no tocante ao cabimento, basta alegar a

[63] "A interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial."(STJ – Corte Especial, Emb.Decl. no AI nº 522.249, rel. min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, m.v., DJ 23.10.2006).

existência da omissão, da contradição ou da obscuridade na decisão recorrida. A efetiva existência de qualquer desses vícios importa no provimento do recurso, acolhendo-se o pedido recursal.

Em relação ao seu procedimento, atualmente, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outro recurso que, pela natureza da decisão ou do vício de que padece, possa caber, afora da hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Assim, a parte que não identifica vício que corresponde aos embargos de declaração, deverá, ao ser intimada da decisão, interpor o recurso correspondente, *v.g*, apelação contra sentença ou agravo contra decisão interlocutória.

A interposição de recurso especial visando atacar omissão, contradição ou obscuridade da decisão importa em violação do princípio da correspondência, havendo discrepância entre o vício da decisão e o recurso cabível que não é pertinente, logo não é cabível. Nesta hipótese, o recurso especial poderia não ser conhecido por não ser cabível.

Por outro lado, se o recorrente não divisa aqueles vícios, e corretamente, impugna um acórdão por, segundo suas alegações, estar diante de qualquer uma das hipóteses constitucionais de cabimento do recurso especial, não há o que se falar em ausência do preenchimento do requisito de exaurimento de instância. Não há outro recurso a ser interposto antes do recurso especial.

Agora comporta verificar o outro fundamento, utilizado para a tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão afirma que por estar interrompido o prazo recursal, a parte não poderia ter deduzido seu recurso especial. Primeiramente, a interrupção do prazo significa que esse será integralmente computado, assim que superado o fato processual que lhe deu causa. Não impede, todavia, a prática de atos processuais, que produzirão seus regulares efeitos, na forma do art. 158, do CPC, assim que levantada a interrupção do prazo processual.

Além disso, o termo inicial para a interposição dos embargos de declaração coincide com o do recurso cabível, quando não se tratar das hipóteses de cabimento dessa primeira espécie recursal. É bastante comum, portanto, que a parte interponha recurso, sem ao menos saber que foram opostos embargos de declaração contra a

decisão guerreada, de sorte que ela não pode ser prejudicada por tal fato. Nesse sentido, a manifestação, vencida, do ministro Luiz Fux.

> Na essência, uma parte vai ser prejudicada porque a outra precisou de esclarecimento e ela se deu por esclarecida. Então, ela ofereceu seu recurso especial. E a outra, que precisava ainda se esclarecer, ofereceu embargos de declaração. Então, se entendemos que o recurso especial de quem interpôs em primeiro lugar, e tem necessidade de um esclarecimento, fica considerado intempestivo porque os embargos de declaração da outra parte ainda não foram julgados, isso é o mesmo que imputar a uma parte o prejuízo causado pela outra. Então, cada parte cuida de seu recurso; se não há necessidade de a outra parte aguardar o esclarecimento de que a outra pleiteou tanto que ela se encontra plenamente esclarecida, por isso que recorreu, não se pode considerar o seu recurso intempestivo.

O próprio relator para o acórdão vislumbra essa possibilidade, conquanto afaste a solução consentânea com o raciocínio expendido, ao afirmar: "Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre."

Por último, a ilação de que é necessário reiterar-se o recurso especial, depois da intimação da decisão dos embargos de declaração, sob pena de não ser conhecido por intempestividade (sua interposição havia sido prematura), é ilegítima por dois pontos.

Primeiro, há a criação pretoriana de requisito de admissibilidade que não consta da lei, violando-se o princípio recursal da taxatividade e o principio constitucional da separação de poderes, uma vez que compete privativamente à União Federal legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF).

Segundo, viola o princípio recursal da personalidade, que reflete o princípio processual dispositivo (art. 2º, do CPC). É o recorrente que estabelece, por meio do recurso, a matéria a ser apreciada pelo tribunal (art. 515, do CPC), comportando a existência de recurso total ou recurso parcial (art. 505, do CPC). O recurso é total quando ataca toda a extensão impugnável da decisão. Por outro lado, quando o

recorrente, espontaneamente, limita o objeto de seu recurso, não impugnando a decisão recorrida em sua integralidade, surge o recurso parcial.

Logo, mesmo que haja efeito infringente provocado pelo julgamento dos embargos de declaração, que venham incrementar a sucumbência do recorrente, este pode ficar inerte, reconhecendo que seu recurso especial foi parcial.

De outro maneira, acaso o recorrente tenha interesse em impugnar a parcela da decisão que lhe é desfavorável, e que somente foi revelada na decisão dos embargos de declaração, ele poderá contra esta completar seu recurso especial. Há uma mitigação ao princípio recursal da consumação ou preclusão consumativa, pelo qual é vedado ao recorrente modificar seu recurso. Fique ressalvado que o recorrente nada poderá trazer de novo, neste complemento ou novo recurso especial, em relação ao acórdão originariamente proferido e que já fora impugnado.

Em que pese não existir recurso com o perfil dos embargos de declaração em Portugal e na Alemanha, a solução acima preconizada é expressamente adotada em seus ordenamentos processuais: art. 686, 2ª alínea, do Código de Processo Civil de Portugal, e §517º, da ZPO da Alemanha.

É possível, portanto, complementar-se o recurso especial, mas não há a sua obrigatoriedade, tampouco a possibilidade de sua reiteração. Em vista disso é que discordamos, em parte, do voto vencido do ministro Ari Pargendler que distinguia as situações, exigindo a interposição de novo recurso especial, sob pena de o anterior ficar prejudicado, se houver modificação do julgado, por força da decisão dos embargos de declaração.

Somente poderia se falar em recurso prejudicado, se a alteração produzida pelos embargos de declaração passasse o recorrente de vencido a vencedor, falecendo-lhe, assim, interesse recursal superveniente. Caso contrário, remanesce seu interesse em ter apreciado o seu recurso especial, e pode inexistir interesse em impugnar a nova parcela que se lhe tornou desfavorável, após os embargos declaratórios, permanecendo o seu recurso especial como um *recurso parcial*.

O que não se admite, em hipótese alguma, é a necessidade de reiteração do recurso especial, sob pena de ser considerado intempestivo, por ter sido prematuramente interposto.

3 - O quórum da sessão de julgamento do Recurso Especial nº 776.265

A tese do recurso prematuro foi adotada com grande divergência no seio do Superior Tribunal de Justiça, pois privilegia uma interpretação que procura diminuir o número de recursos, contudo, desviando-se de regras e princípios jurídicos.

O Recurso Especial nº 776.265 foi julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional com competência delegada do Tribunal Pleno, na forma do art. 93, IX, da CF.

A Corte Especial do STJ é constituída de 22 membros (art. 2º, §2º, do Regimento Interno do STJ). Assim, o Superior Tribunal de Justiça que é composto por 33 ministros, pode deliberar em temas de sua composição plenária, com apenas 22 membros.

O quórum de reunião da Corte Especial é a maioria absoluta de seus membros, portanto, 12 ministros (art. 172, *caput*, do RISTJ). Em se tratando de exercício de atividade jurisdicional, o presidente somente terá voto de minerva ou quando for exigido quórum qualificado dos membros do órgão (arts. 21, VI, e 175, do RISTJ).

No julgamento do Recurso Especial nº 776.265, dos 22 ministros, a maioria foi composta por 7 membros, a minoria por 6 membros, havendo ainda 1 ministro que se afirmou impedido, 3 estavam ocasionalmente ausentes, 3 estavam justificadamente ausentes, e o presidente não participou da votação. Em resumo, contata-se que a tese do recurso prematuro/reiterado foi acolhida por menos de ¼ dos membros do Superior Tribunal de Justiça.

Se de um lado, pode-se questionar a representatividade ou legitimidade de uma decisão obtida com um quórum proporcionalmente baixo, e que serve de paradigma para o Tribunal e representa precedente para os órgãos inferiores da Justiça comum da União, dos Estados, e do Distrito Federal, por outro lado, confia-se que os advogados militantes no Superior Tribunal de Justiça, os doutrinadores, mas principalmente, os ministros da Corte, possam debater e refletir sobre o tema, propiciando uma posição mais consentânea com as normas que regem os recursos.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 10ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2004, vol. II.

ARRUDA ALVIM Netto, José Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007. Vol. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?* In, *Temas de direito processual – 7ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107-110.

_____, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos.* Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, nº 1, abr/2006, p. 38-52.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil.* 13ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2006, vol. V.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos recursos.* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 16, jul/2004, p. 9-23.

FARIA, Márcio Carvalho. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais.* Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 167, jan/2009, p. 250-269.

FUX, Luiz; *Curso de Direito Processual Civil.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de recurso prematuro.* Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 8, nov/2003, p. 58-66.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 40ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY Júnior, Nelson Nery Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* 10ª Ed. São Paulo, 2008.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vol. I.

DURAÇÃO RAZOÁVEL E INFORMATIZAÇÃO DO PROCESO NAS RECENTES REFORMAS

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Advogado. Mestre e Doutor em direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor de direito processual civil na Universidade de São Paulo. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual – IIDP e da International Association of Procedural Law. Juiz do tribunal Regional Eleitoral. lucon@lucon.adv.br.

***Sumário**: 1. Tempo e processo – o escopo do processo; 2. Experiência italiana; 3. Inclusão do processo civil na 'sociedade da informação'; 4. Prática de atos por meios alternativos; 5. A Lei n. 11.280/06 e a introdução do art. 154, par. único no CPC; 6. Informática e execução (Lei n. 11.382/06); 7. Dissídio jurisprudencial informático; 8. Processos repetitivos: julgamento antecipadíssimo do mérito (art. 285-A); 9. Processo informatizado – Lei n. 11.419/06; 10. Conclusões*

1. Tempo e processo – o escopo do processo

É papel do direito processual fazer atuar as normas substanciais do modo mais efetivo possível e no menor espaço de tempo. É senso comum que a efetividade do processo está estreitamente relacionada com o seu tempo de duração. Mais ainda: a efetividade do próprio direito material também depende da efetividade do processo.

O processo, como método de solução dos conflitos, é dinâmico e, como conseqüência, encontra no fator tempo um de seus elementos característicos e naturais. Por isso, quando se pensa em efetividade, tem-se em mente um processo que cumpra o papel que lhe é destinado, qual seja, conceder a tutela a quem tiver razão, no menor tempo possível. Portanto, há uma estreita relação entre a efetividade da tutela

jurisdicional e a duração temporal do processo, que afeta diretamente os interesses em jogo.[1]

A prestação jurisdicional intempestiva de nada ou pouco adianta para a parte que tem razão, constituindo verdadeira denegação de justiça; como efeito secundário e reflexo, a demora do processo desprestigia o Poder Judiciário e desvaloriza todos os envolvidos na realização do direito (juízes, promotores de justiça, procuradores e advogados). O processo com duração excessiva, além de ser fonte de angústia, tem efeitos sociais graves, já que as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas.

A primeira das vantagens é a econômica, pois são favorecidas a especulação e a insolvência, acentuando-se as diferenças entre aqueles que podem esperar (e tudo têm a ganhar com a demora da prestação jurisdicional) e os que têm muito a perder com a excessiva duração do processo.[2] Entre adimplir com pontualidade e esperar a decisão desfavorável, ao devedor passa a ser muito mais vantajoso, patrimonialmente, a segunda opção.[3]

A segunda delas é que a demora na outorga da prestação jurisdicional *"aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito"*.[4] A presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça, pois a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recursos para suportar a espera.

Na moderna visão do processo, que tem em FAZZALARI um de seus maiores representantes, o processo é um método de trabalho, eleito pelo legislador como o melhor para atender ao fim a que se destina (solução dos conflitos com a correta aplicação do direito); é uma espécie do gênero procedimento que se caracteriza por se desenvolver em contraditório.[5] É, em apertada síntese, um mecanismo que tem por fim a realização do direito material.

---

[1] - Nesse sentido, TROCKER, **Processo civile e Costituzione**, pp. 270 e ss., esp. p. 271.
[2] - *Cfr.* TROCKER, **Processo Civile e Costituzione**, p. 276.
[3] - Nesse sentido são as observações de RICCI, ao comentar o Projeto Rognoni de reforma do processo civil italiano (v. "Il Progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile", p. 631).
[4] - CAPPELLETTI-GARTH, **Acesso à justiça**, n. 3, p. 20.
[5] - V. **Istituzioni di diritto processuale civile**, p. 29.

É unânime entre todos os integrantes da comunidade jurídica o entendimento de que o processo tem uma duração excessiva e que isso acaba por desvirtuá-lo de seus fins, uma vez que uma justiça tardia nem sempre é justiça. Assim, há uma crescente preocupação das recentes reformas legislativas de conferir celeridade ao processo, na busca de uma tutela mais efetiva e mais justa ao jurisdicionado.

Além de todas as desvantagens acima apontadas, o processo com duração demasiada tem, ainda, graves repercussões sociais na medida em que constitui fonte de angústias e traz efeitos negativos a toda a coletividade. Como se percebe, o *dano marginal* decorrente da demora do processo tem efeitos nocivos na vida das pessoas.[6] A duração do processo é a ocasião propícia durante a qual, juntamente com um evento determinado, produz-se lesão de grandes proporções a uma das partes. Por tudo isso, o sistema processual é responsável por definir precisamente a extensão temporal do processo considerada satisfatória para o Estado e legítima para os jurisdicionados.

Já é antiga essa preocupação com o tempo de duração do processo, tanto que a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 4 de novembro de 1950, em Roma, dispõe em seu art. 6º, 1, que *"toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o andamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida".*

Nesse mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, 1, agora consagrado no art. 5º, LXXVIII[7], da Constituição Federal Brasileira, proclama que *"toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".*

[6] - A expressão *dano marginal*, decorrente da lentidão do processo, é atribuída por CALAMANDREI (**Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, n. 8, p. 173) a ENRICO FINZI, "Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria", p. II/50. FINZI define o *periculum in mora* como "*quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, e che scompare con la esecuzione provvisoria*" (*op. cit., loc. cit.*).

[7] - O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal foi acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2003.

O Brasil, como signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica, deve observar todos os seus dispositivos, mormente aqueles expressamente incluídos no texto constitucional. Ocorre que essa previsão (ainda) é de natureza eminentemente programática, sendo necessário admitir que o princípio que consagra a duração razoável do processo não tem aplicação prática imediata, pois ter que contar apenas com o bom senso dos julgadores e das partes (e de todos os demais envolvidos) na efetivação desse princípio é absolutamente irreal.

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2003, o Brasil incorporou ao ordenamento positivo pátrio o princípio da razoável duração do processo, tendo inserido o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A importância dessa inclusão reside no fato de que a partir da Emenda Constitucional n. 45/2003, a razoável duração do processo passa a ser uma garantia fundamental, individual e coletiva.

Essa norma insere-se no denominado Direito Constitucional Processual, consubstanciado num conjunto de normas processuais contidas no texto constitucional.[8] A razoável duração do processo representa um acréscimo em relação ao princípio do acesso à justiça.[9] Isso porque não basta simplesmente dizer que é garantido aos cidadãos o acesso à justiça se ela não for justa e eficaz e a justiça e a eficácia estão, como acima demonstrado, diretamente relacionadas com o tempo de duração do processo. Difícil não é garantir, em relação aos órgãos jurisdicionais estatais, a *porta de entrada*, mas a *porta de saída*, com uma solução justa e célere.

Se, por um lado, a previsão constitucional da razoável duração do processo confere a esse direito o *status* de garantia fundamental, por outro, constata-se que, como a maioria dos princípios constitucionais, é maculado pela programaticidade – o próprio conceito de razoável duração do processo é aberto e indefinido –, ou seja, tem baixo grau de efetividade, pois não traz uma estrutura sintática completa nem o modo como deve se dar sua aplicação prática. As normas programáticas são apenas diretrizes traçadas pelo legislador.

[8] - V., entre outros, NERY JR., **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, pp. 20-21.
[9] - V. LEMOS, **A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos**, pp. 89-104.

No entanto, mesmo essas normas apresentam o seu grau de eficácia: legislador e aplicadores da lei devem obedecer as diretrizes constitucionais traçadas nas normas programáticas. Além disso, ganha força no Brasil a teoria da interpretação evolutiva da Constituição, que reforça a sua força normativa.[10]

Assim, para que a prestação jurisdicional seja eficaz e célere, há a necessidade de um mecanismo que envolva todo o sistema jurídico instituído no país e todas as partes (no sentido amplo) envolvidas no processo: autores, reús, advogados, juízes, promotores de justiça, serventuários e o próprio Estado na outorga de meios e estrutura adequada aos órgãos competentes.[11]

Contudo, deve o legislador, consciente da impossibilidade prática de deixar a concretização de um princípio exclusivamente nas mãos dos sujeitos processuais e dos auxiliares da Justiça, envidar esforços para traduzir, legislativamente, a real aplicação desse princípio.

2. Experiência italiana

Como dito, a preocupação com a demora do processo é mundial. Não bastasse o exemplo acima dado, relativamente à Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Itália adotou medidas práticas nesse sentido, introduzindo em seu ordenamento legislação que permite ao jurisdicionado exigir indenização do Estado pela demora do processo. Isso se deu por meio da "Legge Pinto", introduzida no ordenamento italiano em 24 de março de 2001: *"Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile".*

Em decorrência da previsão da duração razoável do processo na citada Convenção Européia e do ingresso da Itália na Comunidade Européia, os cidadãos italianos passaram a recorrer à Corte Européia para exigir seus direitos diante da ineficiência da justiça italiana e pela conseqüente demora exagerada do processo.

[10] - Nesse sentido, KONRAD HESSE, **A força normativa da constituição**; LUIS ROBERTO BARROSO, **Interpretação e aplicação da constituição**; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, **Interpretação constitucional**.
[11] - *Cfr.* DE PIERI, **Princípio da celeridade processual**, p. 107.

Diante dessa pressão, a Itália introduziu o processo justo em sua Constituição e aprovou uma lei prevendo a possibilidade de os cidadãos italianos pleitearem indenizações perante as Cortes italianas pelas demoras injustificadas no processo.

Em linhas gerais, a lei italiana altera o art. 375 do Código de Processo Civil italiano e prevê, em seu art. 2º, o direito à indenização decorrente de danos materiais ou morais sofridos pela duração exagerada do processo. Ou seja, a lei nada mais fez do que trazer detalhadamente para o ordenamento jurídico italiano a previsão da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Até mesmo os parâmetros para julgamento são os mesmos: comportamento das partes, do juiz e demais auxiliares e no estabelecimento do valor da indenização, deve ser tomado por base o art. 2.056 do Código Civil italiano.

A Legge Pinto traz em seu art. 3º a descrição do procedimento a ser adotado nas demandas em que a parte pleitear a indenização e prevê que a decisão, que deve ser prolatada em até quatro meses após a distribuição da demanda, ainda que sujeita a recurso, pode ser executada imediatamente. Na lei italiana, desde 1990, a sentença é passível de execução provisória imediata e sem caução.[12]

O prazo prescricional para a propositura da demanda indenizatória é de seis meses após o trânsito em julgado na sentença proferida no processo em que tiver havido violação à duração razoável do processo. No entanto, a demanda pode ser proposta ainda na pendência daquele processo. E mesmo aqueles que já haviam proposto demanda perante a Corte Européia dos Direitos do Homem, antes da "Legge Pinto", desde que a demanda ainda não tenha sido decidida, podem promovê-la perante os tribunais italianos, representando esse ato desistência tácita do processo perante a Corte.

Mesmo com essas alterações, não foi estabelecido qual seria o prazo razoável para a duração do processo. "Um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda a atividade; qualquer processo que ultrapasse um dia dessa duração já terá sido moroso".[13]

Embora seja uma experiência válida, não é possível tomar a experiência italiana como solução para o problema da morosidade, uma vez que a possibilidade de pleitear indenização é apenas um paliativo, uma tentativa de compensar os males causados pela

[12] - *Cfr.* mais amplamente, LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, n. 36, pp. 113 e ss.
[13] - V. PAULO HOFFMAN, **Razoável duração do processo**, pp. 61-62.

demora do processo. Não atinge a causa da morosidade, mas o seu efeito perverso em relação aos jurisdicionados Aliás, nem mesmo as demais mudanças introduzidas no próprio procedimento serão efetivas enquanto o Poder Judiciário mantiver sua estrutura ineficiente, com um tremendo descompasso funcional em relação à demanda exigida.

De nada servem modificações legislativas tendentes a propiciar a justa indenização diante da demora exagerada do processo se não forem adotadas medidas eficazes de combate às causas. O que se vê em muitos casos é uma justiça insuficiente e ineficiente para a correta realização do serviço que o Estado se propõe a prestar.[14]

3. Inclusão do processo civil na 'sociedade da informação'

A duração razoável do processo é, acima de tudo, um princípio dirigido ao legislador, que deve estabelecer mecanismos aptos a oferecer ao jurisdicionado a duração razoável do processo e, ao fim deste, uma tutela justa e tempestiva.

Nesse sentido, observa-se que tem havido um esforço do legislador, no Brasil e no mundo, para tentar implementar essa duração razoável do processo.

São importantes as alterações promovidas na legislação brasileira visando a um processo mais célere, com razoável duração, por meio de sua inclusão do processo civil na sociedade da informação.

É um chavão mais do que saturado falar em 'revolução dos meios de comunicação'. Havia algum sentido falar nisso quando da difusão em massa da *internet,* ocorrida há mais de dez anos. Mas é fato que as modificações pelas quais passam os meios de comunicação trazem grandes transformações em todas as relações humanas, sejam elas sociais, econômicas, ou até mesmo jurídicas. Por outro lado, é fato também que "a realidade que hoje presenciamos evolui e se modifica de maneira tão rápida que impõe a todos constantes adaptações. Em relação ao direito, as modificações necessárias (e muitas vezes indispensáveis a essas adaptações) operam-se sempre com maiores dificuldades, primeiro, porque o ordenamento jurídico não tem condições de prever todas as inúmeras e relevantes situações da vida que vêm a disciplinar e, segundo, porque, mesmo diante de fatos repetidos, a evolução do próprio pensamento humano a

[14] - V. PAULO HOFFMAN, **Razoável duração do processo**, p. 18.

partir de uma nova realidade é um pressuposto básico e essencial para a modificação do ordenamento jurídico".[15]

Assim, apesar de as transformações dos meios de comunicação atinjam diretamente o direito (há inclusive a criação de novos institutos, a exemplo do contrato eletrônico), por outro, o direito muitas vezes não acompanha essas transformações, em razão também da já conhecida morosidade do processo legislativo e das arraigadas estruturas do modo de ser do processo.

Os progressos trazidos pela modernidade fazem surgir em relação a toda a comunidade jurídica o desejo de que o processo seja incluído na sociedade da informação, pois isso traria mais facilidades no decorrer do procedimento, além de respostas mais rápidas. É, então, nessa linha que têm se orientado algumas recentes reformas legislativas que objetivam a informatização do procedimento.

4. Prática de atos por meios alternativos

Antes do advento das recentes reformas, alguns esparsos dispositivos legais já conferiam pequena modernização ao procedimento por meio da disciplina da possibilidade da prática de atos por meios alternativos. Vejamos:

Primeiramente, o *caput* do art. 19 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) autorizou a intimação pela via eletrônica ao dispor que a prática de tal ato seria possível *"por qualquer outro meio idôneo de comunicação"*.

Alguns anos mais tarde, o art. 1º da Lei 9.800/99 permitiu às partes, em qualquer processo, *"a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita"*.

Finalmente, as últimas disposições legais que antecederam as recentes reformas foram os arts. 8, §2º e 14, §3º da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), que permitiram, respectivamente, o envio de petições eletrônicas sem a apresentação dos originais impressos e a comunicação eletrônica de atos processuais e realização de sessões virtuais, ou seja, reuniões de juízes federais por meio de videoconferência.

[15] - LUCON, "Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico", n. 1. pp. 351-352.

Todas essas disposições legais representaram alguns passos tímidos, porém importantes, na modernização do processo, abrindo caminho para a Lei 11.280/06 e para a Lei n. 11.419/06.

5. A Lei n. 11.280/06 e a introdução do art. 154, par. único no CPC

A Lei nº 11.280/06 trouxe relevante inovação ao introduzir o parágrafo único no art. 154 do Código de Processo Civil[16], com a seguinte redação: *"os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil".*

Esse dispositivo é parte integrante do princípio da instrumentalidade das formas e insere-se na necessidade cada vez maior de o processo ser um instrumento efetivo do direito material.[17]

Por outro lado, reflete tendência da doutrina processualista mais moderna, segundo a qual o processo é apenas um meio de se alcançar o verdadeiro fim almejado, que é a efetiva atuação da norma de direito substancial.

Assim, se o ato praticado por meio eletrônico for efetivamente capaz de cumprir seu objetivo, não há porque criar óbices a essa prática. E foi justamente para se resguardar contra eventuais dúvidas de eficácia da prática de atos por meio eletrônico que o legislador instituiu que devem ser utilizados os certificados digitais emitidos na cadeia da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil) para atestar a autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade dos atos processuais.

São características dos certificados digitais:

"1) Identificação presencial – significa que, para obter um certificado digital, o interessado deverá comparecer pessoalmente ao local determinado pela autoridade certificadora, munido de documentos pessoais.

[16] - A introdução desse dispositivo já havia sido tentada em outra oportunidade (quando da edição da Lei nº 10.358/01), mas foi objeto de veto presidencial.
[17] - V. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **A terceira etapa da reforma processual civil**, p. 34.

2) Prazo determinado – o certificado digital possui prazo de validade determinado, ou seja, precisa ser renovado ao final de cada período de validade. Os prazos costumam ser de dois anos, no mínimo.

3) Lista de Certificados Revogados (LCR) – os certificados digitais podem ser revogados ainda que dentro de seu prazo de validade. Portanto, é indispensável que o destinatário de uma mensagem consulta a LCR, publicada na *internet*, para saber se o certificado digital que acompanha a mensagem ainda está em vigor, ou seja, não está revogado.

4) Pessoa física e jurídica – os certificados digitais podem ser emitidos para pessoas físicas e jurídicas.[18]

5) Presunção de autoria e integridade – os certificados digitais promovem a presunção de que o documento remetido por meio eletrônico é autêntico e de autoria da pessoa nele nominada. No entanto, não têm o condão de evitar a adulteração do documento, ou seja, o documento poderá ser adulterado no *caminho* até seu destinatário, mas o certificado digital o alertará dessa ocorrência.

6) Presunção *júris tantum* – a presunção de autoria e integridade do certificado digital é apenas *relativa* e não *absoluta*, o que significa que o titular do certificado pode provar eventual vício de vontade ou qualquer tipo de fraude.

7) Possibilidade de serem inseridos atributos – o certificado digital pode conter atributos relacionados ao seu titular, o que inclui não só algumas informações pessoais, como, igualmente, alguma limitação por ele próprio estabelecida.

8) Responsabilidade civil – as autoridades certificadoras são civilmente responsáveis pelo certificado emitido, exigindo-se, porém, do titular, que atenda às regras pertinentes, dentre elas a comunicação imediata da perda ou furto e o perfeito uso e conservação".[19]

Por mais que o papel impresso e protocolado pareça mais seguro, o processo precisa se adaptar às inovações nos meios de comunicação. O medo do novo não pode ser fator preponderante a impedir as alterações ou a inaplicação de dispositivos legais adequados às novas tendências mundiais.[20] Ressalte-se aqui que não se está impondo

[18] - V. ME 2.200-2, de 2001.
[19] - PETRÔNIO CALMON, **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**, pp. 27-29.
[20] - V. RAMOS, **Reforma do CPC**, pp. 422-3.

que todos os atos sejam obrigatoriamente praticados por meio eletrônico e, sim, facultando-se àqueles que quiserem a prática dos atos por esse meio.

A Lei 9.800/98 que inseriu no sistema o protocolo de prazos por fax, com ulterior entrega dos originais em cartório, foi a semente da prática de atos processuais por meios eletrônicos. A polêmica penhora *on line*, decorrente de convênio firmado entre o TST e o Banco Central, também se antecipou a essa nova era em que o Poder Judiciário busca acompanhar e se valer da evolução tecnológica.

Há também a Lei n. 11.341/06 que versa sobre a demonstração de divergência no recurso especial. Assim, "quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível pela internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" (parágrafo único do art. 541 do CPC).

6. Informática e execução (Lei n. 11.382/06)

A Lei n. 11.382/06 contém muitos dispositivos que mencionam a utilização de meios eletrônicos no processo. Embora a nova lei não tenha feito referência expressa, no campo da execução, já se sente certa tendência no sentido de se desmaterializar os títulos executivos.[21] Nessa linha, o inc. V do art. 585 já fala de "*crédito documentalmente comprovado*", proveniente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio. Saber-se que é praxe muito comum a cobrança de tais valores por meio de boletos emitidos eletronicamente.

Averbação da execução. O art. 615-A dispõe sobre a averbação de certidão comprobatória do ajuizamento da execução no registro de bens do executado. Trata-se de importante medida, aplicável a todas as modalidades de execução e de nítido caráter acautelatório contra a fraude de execução, pois permite que se dê maior publicidade do

[21] - Referida tendência vem sendo destacada pela doutrina há algum tempo: v. LEONARDO GRECO, "Processo eletrônico", pp. 77 e ss.; BORBA, "A desmaterialização dos títulos de crédito", pp. 85 e ss.

processo ou da fase executiva.[22] Nessa linha, o § 3º do art. 615-A prevê que "presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuados após a averbação (art. 593)".

A falta de averbação de tal certidão não impede a alegação de fraude de execução, mas tem conseqüência direta sobre o ônus da prova. Isso significa que o exeqüente, sem a averbação (assim como ocorre sem o registro da penhora), tem o encargo de provar a má-fé do adquirente como imperativo de seu interesse. Competirá ao exeqüente provar que o adquirente tinha conhecimento de que estava sendo movida em face do alienante demanda capaz de provocar um substancial desequilíbrio patrimonial de tal modo que ficaria insolvente.[23]

A averbação de certidão comprobatória do ajuizamento da execução constitui mera faculdade do exeqüente e como ato público e solene, não torna os bens do executado indisponíveis, mas apenas ineficazes, relativamente ao exeqüente, atos de disposição praticados pelo executado que venham a acarretar uma situação de desequilíbrio patrimonial. Há, nesse caso, verdadeira afetação ou vinculação executiva que segue o bem e a expropriação ocorrerá ainda que esse já não mais pertença ao executado. A averbação da execução tem o escopo de dar eficácia *erga omnes* ao ato de afetação do bem em relação à execução que está em andamento. Assim, eventual adquirente estará plenamente ciente de que adquire um bem que futuramente estará sujeito à constrição já que a alienação será havida por fraudulenta e considerada ineficaz por simples decisão proferida no curso da execução.[24]

Somente com a averbação da execução a ineficácia decorrente da fraude de execução *certamente* atinge terceiro adquirente. Sem esse ato que tem claro objetivo de dar publicidade à execução será preciso que o exeqüente, em sede de embargos de terceiro (CPC, art. 1.046 e ss.), demonstre o conhecimento do adquirente a respeito da

[22] - Reconhecem a natureza acautelatória da averbação da execução: THEODORO JÚNIOR, **A reforma da execução do título extrajudicial**, p. 34; PALHARINI JÚNIOR, **Nova execução de título extrajudicial**, p. 52.

[23] - O mesmo raciocínio vale para o registro da penhora. V., a propósito, LUCON, "Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora", pp. 131 e ss. Anteriormente à lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, *cfr.* AMÍLCAR DE CASTRO, **Comentários ao Código de Processo Civil**, n. 125, p. 87. Na sistemática ulterior à mencionada lei, v. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Processo de execução**, p. 195. No direito italiano, já no sistema do Código de Processo Civil de 1942, a lei exige a transcrição da penhora para que esta possa ser oponível a terceiros (nesse sentido, entre outros, MARIO TULLIO ZANZUCCHI, **Diritto processuale civile**, v. III, n. 30, p. 51).

[24] - Com o mesmo entendimento, dentre outros, THEODORO JÚNIOR, **A reforma da execução do título extrajudicial**, p. 34; LEONEL, **Reformas recentes do processo civil**, p. 36.

demanda executiva ou que tinha a possibilidade, a partir de cuidados ordinários inerentes a toda e qualquer negociação, de saber de sua existência.

Diante da *averbação da execução*, nenhum terceiro poderá ignorar a situação do imóvel. A fraude decorrerá de presunção *juris et de jure*. Se, porém, a averbação não for feita, a posição se alterará completamente em detrimento do exeqüente: a ele caberá provar, então, pelos meios admitidos, que houve fraude, que o terceiro tinha ciência da ação *etc*.. Às vezes, tal prova é de difícil produção.[25]

A negligência do exeqüente poderá ser-lhe fatal, pois a presunção absoluta não estará mais a seu favor. Já na primeira alienação, o exeqüente tem o ônus de provar que o terceiro é adquirente de má-fé.[26]

Não se pode presumir a má-fé de um embargante pela simples circunstância de ter adquirido um bem constrito quando a execução ou a penhora não tiver sido levada a registro. No direito contemporâneo, há uma tendência incoercível no sentido de *proteção jurídica da aparência*, e não seria possível, por exemplo, ignorar a legitimidade da tutela de quem, de boa-fé, houvesse adquirido o imóvel já afetado à determinada execução daquele que, depois da execução não averbada e da penhora não inscrita, o adquirira do executado.[27]

Por tudo isso, não é admissível o entendimento de que simplesmente se presume a fraude de execução quando o ato de alienação ou oneração ocorrer após a penhora, sem maiores questionamentos. Tal proceder é injusto, pois "a ausência do registro da penhora, ainda se a alienação ocorreu após o gravame, impossibilita que o adquirente tenha informações seguras a respeito do desembaraço do imóvel".[28]

Os atos de averbação da execução e registro da penhora geram a manifesta improcedência de eventuais embargos de terceiro opostos pelo adquirente.[29] Diante de casos repetitivos, o juiz poderá aplicar a regra do art. 285-A, determinando a improcedência dos embargos de terceiro sem que ocorra o contraditório (julgamento antecipadíssimo do mérito com improcedência no caso de processos repetitivos).

[25] - Em sentido semelhante, sobre a inscrição da penhora, v. MENDONÇA LIMA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, n. 1.123, p. 570.
[26] - V. LUCON, **Embargos à execução**, n. 94, p. 228.
[27] - V., a propósito, as observações de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA sobre a inscrição da penhora (**Curso de processo civil**, v. 2, § 18, p. 60).
[28] - FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, "O registro da penhora e a reforma do Código de Processo Civil", p. 812.
[29] - V. LEONEL, **Reformas recentes do processo civil**, p. 37.

Evidente que eventual averbação abusiva, que atinja bens em valores superiores ao da execução, dá ensejo a perdas-e-danos a serem previamente fixadas pelo juiz ou apuradas em ulterior liqüidação por arbitramento. O art. 18, § 2º, do Código de Processo Civil limita essa indenização a 20% (vinte por cento) do valor da causa, mas nada impede que eventual excedente seja apurado por meio de ação cognitiva autônoma. Referido dispositivo autoriza também o juiz a optar por fixar as perdas-e-danos de imediato ou determinar a sua fixação por meio de fase liqüidativa por arbitramento, que considerará os danos efetivamente ocorridos. O legislador foi cuidadoso nesse aspecto, ao determinar que: I) "o exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações evetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização" (§ 1º do art. 615-A); II) "formalizada a penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados" (§ 2º do art. 615-A); III) "o exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados" (§ 3º do art. 615-A).

Como se percebe do dispositivo em tela: I) o exeqüente tem o dever de comunicar a averbação nos autos da execução; II) deve ser cancelada a averbação dos bens que não tenham sido objeto de constrição; III) o exeqüente será condenado por litigância de má-fé caso a averbação tenha sido feita de forma abusiva.

O § 5º do art. 615-A estabelece que "os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo". Portanto, os tribunais devem disciplinar a forma pela qual a averbação poderá ser feita; seria interessante que os tribunais se valessem de meios eletrônicos junto aos órgãos responsáveis pelo registro de bens móveis e imóveis e que o custo de tal averbação não fosse proibitivo. Aliás, o ideal é que essa providência não fosse mais um pesado ônus financeiro imposto ao exequente, que já padece pelo inadimplemento do executado e pela demora inerente ao processo.

Penhora *on line* (art. 655-A e art. 659, *caput* e §§ 1º, 4º e 6º). Utilizada inicialmente apenas na Justiça do Trabalho, essa solução na satisfação dos créditos foi hoje adotada por todos órgãos jurisdicionais e vem sendo aplicada em todas espécies de execução por quantia. Consoante o disposto no *caput* do art. 655-A, "para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente

por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução".

Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se o entendimento segundo o qual é perfeitamente legal a expedição de ofício ao Banco Central para a obtenção de informações sobre a existência de ativos financeiros no nome do executado. No entanto, por ser medida extrema, antes de tal providência o exeqüente deve esgotar outros meios para a localização de bens penhoráveis. Esse entendimento é fruto de interpretação extensiva do art. 185-A, *caput*, do Código Tributário Nacional, segundo o qual essa providência somente pode ocorrer quando "não forem encontrados bens penhoráveis".[30] Esse dispositivo esbarra, sem dúvida, com o disposto no art. 655, inc. I, do Código de Processo Civil, que estabelece que a penhora incidirá, em primeiro lugar, sobre "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira". Parece que a orientação do Superior Tribunal de Justiça preocupa-se precipuamente com o direito à intimidade e a conseqüente proteção ao sigilo bancário. Entretanto, por meio de novas tecnologias, a penhora poderá incidir diretamente sobre o valor necessário à satisfação da execução, sem a necessidade de divulgação dos dados pessoais do executado, que constitui flagrante violação ao direito à intimidade ou à privacidade (CF, art. 5º, incs. X e XII). Por todos esses motivos, a "penhora *on line*" é ato privativo do juiz, indelegável a qualquer outro serventuário da justiça.[31]

As informações, segundo o *caput* do art. 655-A, devem ser obtidas preferencialmente por meio eletrônico. Nesse sentido, o sistema desenvolvido pelo Banco Central do Brasil denominado Bacen Jud permite o encaminhamento às instituições financeiras, pela *internet*, de ordens judiciais de bloqueio e transferência de valores existentes em contas correntes e outro ativos financeiros. Para tanto, o tribunal deve ser signatário de convênio com o Banco Central do Brasil e o juiz de primeiro deve

[30] - STJ, 1ª T., REsp n. 851.325/SC, rel. Min. José Delgado, j. 5.92006, *in* DJ 5.10.2006, p. 279; STJ, 1ª T., AgRg no REsp 664522/RS, rel Min. Luiz Fux, j. 15.12.2005, *in* DJ 3.2.2006, p. 673; STJ, 1ª T., RESP 780365/SC, rel. Min. Teori Zavascki, j. 20.6.2006, *in* DJ 30.6.2006, p. 178; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 486.398/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 12.8.2003, *in* DJ 15.9.2003, p. 317; STJ, 4ª T., EDcl no REsp 159.705/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 15.6.1999, *in* DJ 16.8.1999, p. 73. V. WAMBIER-WAMBIER-MEDINA, **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, p. 119.

[31] - Nesse sentido, sem as observações de índole constitucional, v. SCARPINELLA BUENO, **A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil**, vol. 3, p. 116.

proceder a um cadastro, obtendo com isso uma senha de acesso por meio da qual poderá ele realizar a penhora eletrônica.

Em função de problemas operacionais, muitas vezes a constrição acaba por atingir todas as aplicações financeiras, sem levar em conta o crédito exeqüendo. A penhora, portanto, é feita em flagrante excesso violando o direito de propriedade do exeqüente. Além disso, em muitos casos, esse ato de extrema agressão patrimonial acaba por inviabilizar a própria atividade econômica do executado. Assim, o aperfeiçoamento do sistema de penhora *on line* é indispensável para que injustiças e pressões ilegítimas não sejam aceitas. O *caput* do art. 655-A deve ser respeitado no sentido de que o juiz deve "determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução".[32]

Outro dado importante diz respeito à proteção ao sigilo bancário. Assim, consoante o disposto no § 1º do art. 655-A do Código de Processo Civil, "as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução".

Evidentemente que se as quantias depositadas em conta corrente se referirem aos "vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e o salários" (art. 649, inc. IV, primeira parte), dever ser reconhecida a sua impenhorabilidade absoluta. A não ser, é claro, se a penhora realizada for tendente à satisfação de prestação alimentícia (art. 649, inc. IV, parte final). O ônus de provar esse fato é exclusivo do executado (art. 655-A, § 2º) e isso pode ocorrer diretamente na execução ou mesmo por meio de impugnação se a execução for lastreada em título executivo judicial ou ainda mediante embargos à execução se a execução for baseada em título executivo extrajudicial. É preciso considerar a circunstância de que, em muitos casos, a penhora eletrônica pode recair sobre recursos financeiros que seriam utilizados para o pagamento de salários. Assim, a constrição atinge e gera danos não somente ao executado, mas também a terceiros.

[32] - ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS entende que "a Lei n. 11.382/2006 criou norma em branco, determinando que, sob critérios uniformes, com obediência a normas de segurança, instituídas pelos Tribunais, dentre outras, poderá fazer-se penhora de numerário, através de meios eletrônicos (§ 6º, introduzido no art. 659 pela Lei n. 11.382/06). Evidente que, exigindo-se a uniformidade, tal procedimento há de ser comum e, em conseqüência, orientados os respectivos critérios uniformes por lei geral" (**As Reformas de 2006 do Código de Processo Civil**, p. 23).

Outro ponto interessante do referido dispositivo é a penhora de percentual do faturamento da empresa executada. Nesse caso, "será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida" (art. 655-A, § 3º). A penhora sobre o faturamento da empresa tem sido objeto de muitas discussões, já que muitas vezes a constrição acaba por inviabilizar a própria atividade econômica por ela desenvolvida. Fato é que a penhora de percentual do faturamento da empresa executada deve levar em consideração (I) o ramo de atividade desenvolvido e (II) o lucro médio obtido. São parâmetros que devem ser considerados, já que a penhora sobre o total do faturamento bruto constitui clara execução gravosa (CPC, art. 620). Aliás, tais parâmetros são também considerados pela Secretaria da Receita Federal em casos de lavratura de autos de infração e podem perfeitamente ser utilizados pelo juiz para a efetivação da constrição sobre o faturamento da empresa por meio de consulta eletrônica nas declarações de renda. O novo dispositivo equipara o depositário à figura do administrador, que deve zelar pela preservação da empresa enquanto célula produtiva. Por isso, exige-se a "aprovação judicial a forma de efetivação da constrição", sendo conveniente e porque não dizer indispensável a elaboração de um plano de administração que contemple o direito de crédito do exeqüente e a preservação da empresa.

O juiz deve acompanhar atentamente a implementação do plano de administração elaborado pelo depositário, a fim de que o crédito do exeqüente seja satisfeito e o direito do executado de se submeter a uma execução justa não seja simplesmente ignorado.

Alienação por iniciativa do exeqüente (art. 685-C). A alienação por iniciativa do particular ocorre sempre por iniciativa do exeqüente e às vezes por sua conta exclusiva ou ainda por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária (*caput* do art. 685-C). A publicidade da alienação será determinada pelo juiz e os meios eletrônicos certamente ganharão grande espaço nessa nova modalidade de satisfação do exeqüente, já que a divulgação poderá se dar pelo recebimento de email por toda a comunidade jurídica. Nesse sentido, o § 3º do art. 685-C estabelece que "os tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista

neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispondo sobre o credenciamento de corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de cinco anos". O credenciamento confere ao corretor o atributo de auxiliar eventual da justiça e por isso, é correto se cogitar da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos por ele praticados, se configurado dolo ou culpa.[33]

Assim, os requisitos para essa modalidade expropriativa podem ser assim sistematizados: I) ausência de adjudicação; II) requerimento do exeqüente; III) a alienação ocorre por iniciativa do exeqüente ou por corretor credenciado perante a autoridade judiciária, que deve exercer a profissão por período não inferior a cinco anos; IV) o valor da alienação não pode ser inferior ao da avaliação, a não ser que o executado concorde; V) observância dos requisitos impostos pelo juiz, como publicidade, forma de pagamento, garantias, comissão de corretagem *etc*.; VI) formalização por termo nos autos, expedindo-se a carta de alienação, se bem imóvel, ou mandado de entrega, se móvel.[34]

Em relação à aplicação desse dispositivo a outras espécies de execução por quantia certa, cumpre esclarecer que a alienação por iniciativa do particular não se aplica à execução fiscal, na medida em que a Lei n. 6.830/80 é clara ao estabelecer como modalidades expropriativas a adjudicação e a alienação judicial por meio de leilão público (arts. 23 e 24)

Divulgação da hasta pública (art. 687, §§ 2º e 5º). O meio eletrônico também poderá ser utilizado na divulgação dos bens levados à hasta pública. O art. 687, *caput* dispõe que "o edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local"; já o § 2º estabelece que "atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a freqüência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e *adotar outras providências tendentes à mais ampla publicidade da alienação*".

O § 5º do art. 687 do Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que "o executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta

[33] - Nesse sentido, v. LEONEL, **Reformas recentes do processo civil**, p. 92.
[34] - *Cfr*. WAMBIER-WAMBIER-MEDINA, **Breves comentários à nova sistemática processual civil 3**, pp. 156-157.

registrada, edital ou outro meio idôneo". "Meio idôneo" é todo aquele apto a atingir a finalidade do ato. Assim, o que o legislador pretendeu foi atribuir poderes ao juiz a fim de que ele mesmo verifique, de acordo com as particularidades do caso, qual é o meio apto a dar ciência ao executado do dia, hora e local da alienação judicial.[35] Evidentemente, todo e qualquer meio utilizado deve atender os requisitos contidos na lei, tal como ocorre, por exemplo, com o art. 686 do Código de Processo Civil.

Em complementação a esses dispositivos, o art. 689-A, *caput*, estabelece que "o procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exeqüente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado". Já o parágrafo único dispõe que "o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital". A venda por meio da rede mundial de computadores não retira o caráter público da alienação, sendo certo que tais regras têm aplicação a todas espécies de execução.

O objetivo do legislador foi claro de ampliar ao máximo os meios de publicidade do edital e por via de conseqüência aumentar o número de possíveis interessados em adquirir o bem constrito.[36]

Como a própria sociedade vem sentindo, os meios eletrônicos e em particular a *internet* vêm sendo gradativamente utilizados pelos órgãos jurisdicionais como uma importante via para divulgação de seus atos. Existem dois pontos importantes na *internet* que devem ser considerados: o primeiro diz respeito à liberdade de pensamento do indivíduo, que deve ser naturalmente admitida dentro de certos limites; o segundo, importante para o tema em análise, refere-se à faculdade de constituir relações jurídicas, de transmitir, requisitar e receber informações e de poder dispor sem limitações de um novo poder de conhecimento conferido pela informática.[37]

Na execução, o valor do lanço mais próximo da avaliação atende não só os interesses do executado, que não perde seus bens por valor distante da realidade de

[35] - V. OLIVEIRA, "Publicização das hastas públicas no novo processo de execução", p. 503.
[36] - V. SACCO NETO, **Nova execução de título extrajudicial**, p. 168.
[37] - Nessa linha, v. interessante estudo de LONGHINI, ***Internet* nella giurisprudenza**, p. 6.

mercado, mas contenta também o exeqüente, que poderá receber o seu crédito mais facilmente. Lanços a preço vil, muito inferiores a 60% (sessenta por cento) do valor da avaliação e praças e leilões negativos, são freqüentes e a nova lei esperar alterar esse quadro na medida em que se democratizam as informações processuais.

O parágrafo único do art. 689-A faz referência a três diretivas importantes na divulgação dos atos jurisdicionais por meio eletrônico: publicidade, autenticidade e segurança. Além disso, o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça deverão observar as regras estabelecidas sobre certificação digital. Referida norma deve ser lida em conjunto com o par. único do art. 154 do Código de Processo Civil, segundo o qual "os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil".

Aliás, a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil foi instituída com o objetivo de "garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras" (art. 1º da Mendida Provisória 2.200-2/2001).

Nesse ponto, será necessária uma disciplina detalhada do procedimento expropriatório eletrônico, pois é preciso lembrar que a lei representa um "controle ético aplicado à comunicação e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob o manto de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva".[38]

A autenticidade é provada por meio de um certificado, formado por um conjunto de dados eletrônicos que vinculam a assinatura e a sua respectiva chave publica a uma determinada pessoa, identificada como proprietária das chaves, com base em registros que devem ser mantidos pela autoridade certificadora.[39]

A Lei n. 11.419/06 dispõe em seu art. 1º, § 2º, inc. III, que a assinatura eletrônica é *forma de indentificação inequívoca do signatário* e poder ser feita por "assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada,

[38] - WIENER, **Cibernética e sociedade – o uso humano de seres humanos**, p. 104.
[39] - V. QUEIROZ, "Assinatura digital e o tabelião virtual", p. 402. No mesmo sentido, MENKE, **Assinatura eletrônica no direito brasileiro**, p. 49

na forma de lei específica" (alínea *a*) e "mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos" (alínea *b*). Já o art. 4º do aludido diploma estabelece que "os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizando em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a ele subordinados, bem como comunicações em geral" e o § 1º dispõe que "o sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica" (sobre essa lei, v. também n. 9, *infra*).

Mas muito há de ser feito. Dois pontos sensíveis na efetividade da execução e na segurança dos negócios jurídicos têm estreita relação com a informática.

O primeiro refere-se à necessidade de ser ter um banco de dados único sobre as demandas judiciais pendentes. Com uma simples busca, o consulente poderia obter todos os feitos dos quais um determinado sujeito figura como parte. Com tal medida, evitar-se-iam aquisições imobiliárias arriscadas. Mais que isso: terceiros de boa-fé certamente não adquirirão bens imóveis que já estejam, de alguma forma, vinculados a um determinado processo. Evita-se com isso a fraude por parte dos devedores. Muitas vezes, o adquirente não tem condições de saber sobre a existência de um processo contra o alienante.

O segundo diz respeito à necessidade de um cadastro nacional dos bens imóveis. Com uma simples busca, o exeqüente teria condições de saber que bens estão registrados no nome do executado. Muitas vezes, a declaração de rendimentos do executado não reflete a realidade. É evidente que, em relação a essa medida, a efetividade depende diretamente da imposição, pelo poder público, de registrar todas as áreas que fazem parte do território nacional. Nesse mesmo aspecto, um cadastro único nacional de veículos seria também de grande valia para a efetividade da execução.

7. Dissídio jurisprudencial informático

Um recente exemplo do esforço legislativo brasileiro para implementar concretamente a razoável duração do processo é a Lei n. 11.419/06 que visa à implementação da informatização do processo judicial, bem como, em menor escala, a

lei que versa sobre a admissão das decisões disponíveis em mídia eletrônica para comprovação de dissídio jurisprudencial perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, a Lei n. 11.341/2006 alterou o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil, que dispõe agora que os acórdãos para comprovação de dissídio jurisprudencial, um dos motivos que autoriza a interposição de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, podem ser obtidos por meio eletrônico. Esse dispositivo só veio para tornar legal aquilo que já era uma óbvia tendência no Superior Tribunal de Justiça, diante do absurdo que consistia obrigar as partes e, principalmente, os advogados a se deslocarem até os respectivos tribunais estaduais para solicitar cópias "oficiais" dos acórdãos quando estes já eram disponibilizados nos próprios sites dos tribunais.

A uniformização do direito é um objetivo que não diz respeito apenas às partes, mas também e principalmente ao Estado na correta administração da justiça.

Como já dito, o direito não consegue acompanhar a complexidade das relações. Isso acaba fazendo com que o legislador seja omisso ou que edite uma multiplicidade de leis, quando conveniente a determinados setores, gerando contraposição de entendimentos judiciais.[40]

Assim, em alguns casos (quando a controvérsia versar sobre matéria de direito), é necessário que a jurisprudência seja uniformizada no espaço, pois são temas conhecidos, que não geram discussão e tampouco inovações científicas para o direito. A uniformização, nesse sentido, é imperativo da segurança jurídica.

8. Processos repetitivos: julgamento antecipadíssimo do mérito (art. 285-A)

Outra importante medida legislativa para proporcionar soluções uniformes foi a recente lei que inseriu o art. 285-A no Código de Processo Civil (Lei n. 11.277/06) e estabeleceu a resolução imediata do processo com o decreto de improcedência no caso de processos repetitivos: *"quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos*

[40] - V. EDUARDO ALBUQUERQUE PARENTE, **Jurisprudência – da divergência à uniformização**, pp. 7 e ss.

idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

A hipótese legal traduz um verdadeiro julgamento antecipadíssimo de improcedência do pedido, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença *inaudita altera parte.* Ao contrário do que possa parecer, o contraditório não é violado com esse novo dispositivo, já que é ele apenas diferido para o caso de o autor apelar. Mais ainda: há a possibilidade de o juiz se retratar da sentença proferida, reconsiderando a sua decisão e determinando de imediato a citação do demandado. É o que se verifica da redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A: *"se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação"*; *"caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso"*.

Esse dispositivo é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica; pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova se não demonstrar a imperativa necessidade de realização da prova, porque, na convicção do julgador, de acordo com a fundamentação exposta, nada mais há de ser esclarecido relativamente aos fatos. Com essas observações é que deve ser entendido que os pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controvérsia já é conhecidíssima pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a *causa petendi* e *petitum* guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. Assim deve ser interpretada a expressão "*casos idênticos*" do *caput* do art. 285-A. Na verdade, "casos idênticos" diferem de "ação idêntica" (expressão constante do art. 301, § 2º do Código de Processo Civil), que conduz ao reconhecimento da litispendência e acarreta a extinção do segundo processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, V). Faltou, portanto, ao legislador técnico processual no sentido de diferenciar as duas situações.

Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, não se admite o julgamento antecipado do mérito a favor do autor sem que se proceda à citação do demandado.[41]

Esse novo dispositivo nada tem de inconstitucional, já que o réu, não obstante não ter sido cientificado da demanda, é beneficiado com o julgamento de improcedência *inaudita altera parte*, em nada se alterando a situação jurídica em que se encontrava.[42] Entretanto, em razão da ausência de citação, os efeitos relacionados no art. 219 do Código de Processo Civil não ocorrem, o que pode provocar sérios prejuízos à parte. Pense-se, por exemplo, na constituição do devedor em mora, a litigiosidade da coisa, a interrupção da prescrição, a instauração do estado de litispendência, aqui entendida na sua acepção mais ampla de processo pendente. A citação, como se sabe, é um potente instrumento contra a fraude de execução, já que a alienação da coisa litigiosa, aqui entendida como qualquer ato de transferência patrimonial a título oneroso ou gratuito no curso do processo, é considerada ineficaz se considerada ulteriormente o estado de insolvabilidade do executado. Essa circunstância autoriza o exeqüente promover a constrição do bem em poder de terceiro, já que em razão do processo pendente em decorrência da citação operada e da conseqüente triangularização da relação jurídica processual, a fraude é presumida.

A citação tem grande e fundamental importância no processo civil. Por isso, se o processo não for rigorosamente repetitivo, é prudente que o juiz determine a citação do réu. Com o contraditório, o juiz terá melhores condições de decidir, inclusive de imediato, com o julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 330). De outro lado, parece

[41] - Pela defesa da constitucionalidade do dispositivo, v., entre outros, CARREIRA ALVIM, **Alterações do Código de Processo Civil**, pp. 80-83; SCARPINELLA BUENO, **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, vol. 2, pp. 57 e ss.; GLAUCO GUMERATO RAMOS, **Reforma do CPC**, pp. 375-377; VICENTE DE PAULA ATAIDE JÚNIOR, **As novas reformas do processo civil**, pp. 79-81.

[42] - Mesmo entendimento é em certa medida aplicável ao art. 296 do Código de Processo Civil, quando o juiz indefere liminarmente a petição inicial – entretanto, em caso de provimento do recurso do autor, nada impede que o réu alegue matéria que o tribunal afastara em julgamento sem a observância do contraditório, isto é, em relação ao réu, não há preclusão sobre o decidido nos recursos que foram julgados sem a sua participação. Esse, aliás, foi entendimento do Supremo Tribunal no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento n. 427533-8, rel. originário Min. Marco Aurélio, rel. Cezar Peluso, *in* DJU de 17.2.2006 (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence). V., a propósito, CLITO FORNACIARI, "Provimento do recurso e âmbito da defesa do réu", p. 557. No âmbito da Lei n. 11.277, a constitucionalidade do dispositivo é defendida por alguns e refutada por outros. WAMBIER-WAMBIER-MEDINA entendem que a regra "é uma demonstração eloqüente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) *pela via negativa de fruição de garantias constitucionais*" (**Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, p. 63).

claro que o art. 285-A deve ser interpretado a partir de um panorama maior: referido dispositivo demanda análise lógico-sistemática e nunca apenas gramatical e isolada. A interpretação meramente gramatical conduziria à esdrúxula situação de permitir que um único juiz com um único posicionamento isolado passe a julgar improcedentes as demandas que ele entende repetitivas, até mesmo contra entendimento de súmulas de tribunais hierarquicamente superiores. O novo art. 285-A deve ser visto à luz de uma diretiva maior de evitar processos que sabidamente são inúteis. Por isso, deve ser aplicado quando já houver jurisprudência acerca do tema. Não se pode também admitir o julgamento antecipadíssimo de improcedência se for ele contrário à súmula de tribunal ou mesmo à jurisprudência pacífica ou dominante (expressão constante do art. 557 do Código de Processo Civil). Do contrário, estariam comprometidos dois postulados importantes em um sistema jurídico: *segurança* e *previsibilidade*.[43]

Para evitar os inconvenientes já mencionados, na aplicação do novo art. 285-A, o contraditório deve ser observado, porém de forma diferida, consoante o disposto no § 6º do art. 219 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual, indeferida a petição em razão do reconhecimento da prescrição ou da decadência, "passada em julgado a sentença (...), o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento".[44] A aplicação analógica do § 6º do art. 219 diante da incidência do art. 285-A legitima o produto final e tem, em grande medida, o poder de desencadear certos efeitos da citação.

Parece que o novo art. 285-A consagrou o "direito individual homogêneo às avessas", já que diante de situações repetidas e descabidas, poderá o juiz afastar sem contraditório a demanda improcedente. É uma importante medida diante da avalanche de processos que assola os órgãos jurisdicionais.

9. Processo informatizado: Lei n. 11.419/06

Já a Lei n. 11.419/06 é muito mais abrangente e, conforme consta da exposição de motivos, tem o duplo objetivo de conferir maior celeridade ao processo e modernizar a justiça brasileira. Para isso, autoriza a comunicação de atos e a transmissão de peças

[43] - Nesse sentido, v. WAMBIER-WAMBIER-MEDINA, **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, p. 66.
[44] - Com esse entendimento, v. WAMBIER-WAMBIER-MEDINA, **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, p. 65.

processuais por meio eletrônico e é aplicável aos processos civil, penal e trabalhista (art. 1º, parágrafo primeiro).

Estabelece ainda a lei a obrigatoriedade de que todas as pessoas que mantêm cadastros de informações necessárias a alguma decisão judicial passem a oferecer acesso eletrônico a esses cadastros, para uso dos órgãos judiciários (art. 2º) Em determinados casos, a intimação por meio eletrônico poderá substituir a intimação efetuada por meio da imprensa oficial, mantida, em termos e no que se adequar ao processo eletrônico, a forma tradicional de contagem de prazos (arts. 5º). Inovação interessante acerca disso é a intimação da Fazenda Pública por meio eletrônico desde que os autos do processo sejam disponibilizados na íntegra (art. 5º, parágrafo 6º), ressaltados os processos criminais e infracionais (art. 6º).

Serão feitas preferencialmente por meio eletrônico todas as comunicações oficiais entre órgãos do Poder Judiciário e deste entre os demais Poderes da Federação (art. 7º). Isso quer dizer que as cartas precatórias, rogatórias, de ordem e ofícios em geral, serão operacionalizados por meio eletrônico, o que evidentemente agilizará o andamento do processo judicial.

Tais alterações, acredita-se, podem ser imediatamente implantadas pelo Poder Judiciário, bastando alguns ajustes na praxe dos cartórios. Certamente, não levará muito tempo para sua operacionalização.

Outras inovações trazidas pela lei também são muito importantes, apesar de levarem um pouco mais de tempo para serem implantadas já que será necessário o desenvolvimento de sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais. É o processo eletrônico por meio de autos total ou parcialmente digitais, disponibilizados às partes por meio da rede mundial de computadores (art. 8º c/c art. 14).

Nesse "novo processo", os advogados deverão proceder aos atos processuais tais como a distribuição de petição inicial, apresentação de defesa, interposição de recursos, *etc*., sem a intervenção do cartório ou da secretaria judicial (art. 10). Acompanha ainda outra grande mudança, a do armazenamento dos dados cartorários e de expediente da serventia judicial não mais em livros em cartório, mas também por meio eletrônico (art. 16).

Interessante observar que a lei estabelece que "a conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico" (art. 12) e ainda

que "os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares". Como se sabe, proteger a memória de computadores é tema caro e objeto de grande preocupação da informática; se os autos de papel estão sujeitos a furto, incêndio, pragas, fungos e à ação da água, sempre há certos riscos em relação aos dados eletrônicos.[45] Mas esses riscos são bem menores diante dos novos sistemas de armazenamento de dados (p. ex., os *back ups*).

Bem se vê que a intenção latente da Lei n. 11.419/06 é acelerar o procedimento judicial, conferindo a ele maior celeridade e eficácia. Ou seja, o legislador tentou tornar o método de trabalho mais dinâmico, adequando-o aos avanços tecnológicos, de modo a agilizar o procedimento.

10. Conclusões

Não obstante todo esse esforço legislativo, a relação causa-efeito entre estabelecer mecanismos aptos para acelerar o procedimento e obter um processo célere, justo e eficaz não é tão direta e evidente. Não se pode esquecer que não é suficiente apenas empreender uma tentativa cega de conferir celeridade ao procedimento. Aliás, esse é o grande erro da maioria das reformas promovidas, que não atingem o cerne do problema da morosidade judicial.

Sob o enfoque processual, o problema da demora na outorga da prestação jurisdicional definitiva tem várias origens: o grande número de recursos e remédios oferecidos pelo ordenamento jurídico contra os atos decisórios emanados dos órgãos jurisdicionais; a excessiva demora no julgamento desses recursos e remédios; os efeitos suspensivos dos recursos e a desvalorização das decisões de primeiro grau; a excessiva duração da instrução probatória *etc.*. Em resumo, como conseqüência natural e procurando refletir o efetivo interesse dos jurisdicionados, a questão reside no tempo necessário para que as decisões judiciais projetem seus efeitos no mundo exterior.

Ao mesmo tempo em que o imediatismo, fruto da modernidade, faz com que os cidadãos almejem a tutela instantânea, o comportamento das partes, dos juízes e a

[45] - *Cfr.* CALMON, **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**, p. 120.

acentuada litigiosidade existente no Brasil não colaboram para a celeridade processual. Assim, é preciso encontrar um equilíbrio, de modo que o tempo razoável de duração de um processo deve ser aquele tempo mínimo em que seja possível respeitar todas as garantias fundamentais do processo, principalmente o contraditório e a ampla defesa.

Conscientes de que esses novos dispositivos legais não têm o condão de conferir efetiva celeridade ao processo, pois não atingem seus reais problemas de morosidade, o objetivo deste breve estudo foi analisar os avanços que novas leis trarão em termos de inserção do processo na sociedade da informação, em contraposição à legislação anterior, que era portadora de algumas parcas e esparsas disposições sobre o assunto em questão.

Bibliografia

ANDRIGHI, Fátima Nancy. "O registro da penhora e a reforma do Código de Processo Civil", *in* **Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 1996, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

BORBA, Gustavo Tavares. "A desmaterialização dos títulos de crédito", *in* **Revista de Direito Renovar**, vol. 14, Rio de Janeiro, maio-ago 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**, *in* **Opere Giuridiche**, Napoli, Morano, 1983, vol. IX.

CALMON, Petrônio. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1988, e co-autoria com Bryant Garth, trad. e ver. de Ellen Gracie Northfleet.

CARREIRA ALVIM, J. E., **Alterações do Código de Processo Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2006.

CASTRO, Amilcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1963.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**, 2ª ed., Porto Alegre, Safe, 2003.

DE PIERI, Sueli Aparecida. "Princípio da celeridade processual", *in* ALMEIDA, Jorge Luiz (coord.). **A reforma do Poder Judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**, Campinas, Millennium, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**, 8ª ed., Padova, Cedam, 1996.

FINZI, Enrico. "Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria", *in* **Revista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, 1926.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. "Provimento do recurso e âmbito da defesa do réu", *in* **Tribuna do direito**, dezembro de 2006, ano 12, n. 140.

GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1988, e co-autoria com Mauro Cappelletti, trad. e ver. de Ellen Gracie Northfleet.

GRECO, Leonardo. "Processo eletrônico", *in* **Direito e Internet – Relações jurídicas da sociedade informatizada**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre, Safe, 1991.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

LEMOS, Alexandre Bonfanti de. "A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos", **A reforma do Poder Judiciário – uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**, Campinas, Millennium, 2006, coordenador Jorge Luiz Almeida.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reformas recentes do processo civil**, São Paulo, Método, 2007.

LONGHINI. Pietro. ***Internet* nella giurisprudenza**, Milano, Giuffrè, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

----------. **Embargos à execução**, São Paulo, Saraiva, 1996.

----------. "Competência no comércio e no ato ilícito eletrônico", *in* **Direito & Internet**, São Paulo, Edipro, 2000.

----------. "Fraude de execução, responsabilidade processual civil e registro da penhora", *in* **Revista de Processo**, vol. 98 (volume em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) e *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, vol. 5, maio-junho de 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 (em cooperação com Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier).

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no direito brasileiro**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JR., Nelson, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, São Paulo, RT, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. "Publicização das hastas públicas no novo processo de execução", *in* **Execução civil**, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007 (coordenação Ernane Fidélis dos Santos, Luis Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier).

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Nova execução de título extrajudicial**, São Paulo, Método, 2007.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência – da divergência à uniformização**, São Paulo, Altas, 2006.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. "Assinatura digital e o tabelião virtual", *in* **Direito & Internet**, São Paulo, Edipro, 2000, coordenadores Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**, São Paulo, RT, 2006.

RICCI, Edoardo. "Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile", *in* **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, 1987.

SACCO NETO, Fernando. **Nova execução de título extrajudicial**, São Paulo, Método, 2007.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, volume 2, São Paulo, Saraiva, 2006.

----------. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**, volume 3, São Paulo, Saraiva, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**, v. 2, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1990.

SANTOS**,** Ernane Fidélis dos. **As Reformas de 2006 do Código de Processo Civil**, São Paulo, Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**, 19ª ed., São Paulo, Leud, 1999.

----------. **A reforma da execução do título extrajudicial**, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

TROCKER, NICOLÒ. **Processo civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)**, Milano, Giuffrè, 1974.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 (em cooperação com Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006 (em cooperação com Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina).

WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade – o uso humano de seres humanos**, trad. José Paulo Paes, São Paulo, Cultrix, s.d.

ZANZUCCHI, Mario Tullio. **Diritto processuale civile**, Milano, Giuffrè, 1946.

ATIVISMO JUDICIAL: DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO NEOPROCESSUALISMO

Victor Augusto Passos Villani Côrtes

Advogado. Pós-Graduado Lato Sensu em Ciências Penais pela UNISUL. Pós-Graduado em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Resumo: Dá-se enfoque à discussão acerca do ativismo judicial coletivamente com outros fenômenos jurídicos que se evidenciaram após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde proporcionaram um novo sistema constitucional que preza pela eficácia das normas constitucionais e pela dignidade da pessoa humana. Observa-se o desenvolvimento do tema em conjunto aos fenômenos do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo; tais fenômenos ocorrem através da busca do bem-estar social dentro de um Estado Democrático e Social de Direito. Ressalta-se uma comparação do sistema judicial brasileiro com o sistema judicial estadunidense e, disserta-se com detalhes o funcionamento do ativismo judicial naquele país. Analisa-se o instituto da judicialização das políticas públicas. Conclui-se pela preponderância da aproximação do Direito com a Ética, realizando-se a dignidade da pessoa humana e, destarte, o florescimento de um sentimento constitucional no povo brasileiro.

Palavras-Chave: ativismo judicial, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, constitucionalização do direito, judicialização das políticas públicas, dignidade da pessoa humana.

Abstract: The project presents the dilemmas of managerial judges after the promulgation of the Brazilian Constitution of 1988. In this process occurred rebuilding in the procedural law. Development occurs, like a new form of judicial activism and a new way to implement social modifications to protect the Human Rights. The Supreme Court of Brazil has changed your operations to act in the name of society. In this paper, judicial review and the judicial activism is highlight. The procedural law has changed during more than twenty years of the promulgation of the Brazilian Constitution, new procedural instruments have facilitated this process and transformed the interpretation of the legal acts. This new instruments now have to been seen through a *"constitutional filter"*. The Constitution is in the top of the legal chain and is not, like in other times, just a political proposal. Now the demands of constitutional rules have to be implemented by the government to equalize the social dissemblance.

Key-Words: managerial judges, judicial review, new procedural law, judicial activism, "constitutional filter".

***Sumário**: 1 – Considerações Iniciais: em busca da nova teoria constitucional; 2 - Transformações do direito constitucional com o advento da CRFB/88; 3 - Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Razoabilidade; 4 - O constitucionalismo no direito comparado; 5 – O Ativismo Judicial; 6 - O ativismo judicial em sistemas da common law e sua historicidade; 7 - Common Law e Ativismo Judicial; 8 - Judicialização e Ativismo Judicial; 9 - Considerações Finais: um sentimento constitucional.*

1 - **Considerações iniciais: em busca da nova teoria constitucional**

A teoria neoconstitucional opera em favor de uma análise moral da Constituição, pois tal documento emana valores principais para uma sociedade moderna. É marcante a presença da análise axiológica e expansionista da Carta Magna. É um movimento que preconiza a eficácia dos direitos fundamentais através da ponderação de bens e valores conjuntamente com uma interpretação sistemática. Para tanto, preza por um ativismo judicial com valores arraigados nos princípios constitucionais explícitos e implícitos. Pode-se destacar, ainda, que tal atividade estima por uma aplicabilidade direta dos princípios constitucionais.

Desta sorte, interessante anotar que a Constituição Brasileira se efetiva através do processo. Este é um notável artifício de afirmação dos direito nela explicitados, mormente no que concerne aos direitos fundamentais.

Importante frisar-se que o neoconstitucionalismo é a cada artigo, monografia, dissertação ou tese, nomeado de forma diferente; contudo, genericamente pode-se dizer que é uma concepção renovada sobre o Estado de Direito, propondo, assim, uma reformulação da teoria jurídica.

Imperioso se faz dizer que este movimento supracitado coopera com uma análise crítica do caso concreto, pois que, hodiernamente o intérprete não pode abster-se de examinar os acontecimentos da vida moderna. Muito menos o fazer de forma emoldurada, como se industrializado fosse o Direito. Certo é que os neoconstitucionalistas tentam, sempre, interpretar o texto constitucional com premissas morais e políticas de forma a aprofundar o debate constitucional, tentando sempre "arrancar" do seio de nossa Lei Fundamental a sua mais aperfeiçoada leitura.

Dentro deste contexto, a dignidade da pessoa humana torna-se núcleo axiológico para a tutela jurídica, e por mais relutância que se tenha entre os conservadores, este princípio direcionador do pensamento constitucional não se aplica somente nas relações entre governantes e governados (relação vertical), mas, outrossim, aplica-se às relações entre particulares (relação horizontal).

Neste momento permitir-se-á uma diminuta digressão: é preciso observar a doutrina de Ronald Dworkin, jusfilósofo americano. Este propõe que os intérpretes da Constituição interpretem-na de modo a considerar referências a princípios morais de decência e justiça. Quer-se, então, com tal ilustração demonstrar um modelo de juiz Hércules. Ou seja, um juiz que aceita desafios, não se contenta apenas a aplicar a lei. Diferentemente do que ocorria com o juiz Júpiter, que no Estado Liberal prezava pela não preocupação social, era muito conhecido como "a boca da lei" (*bouche de la loi*) e, por isso, disseminador de grandes injustiças. No entanto, no Estado Social no qual prevalece o juiz Hércules, é aberta a discussão acerca do substancialismo que dá margem ao ativismo judicial. Deste modo, o substancialismo jurídico é movimento de vanguarda onde é manifestada explícita adesão aos direitos fundamentais, princípios e fins públicos. Admitindo-se, desta feita, o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Tal atividade é favorável à judicialização das políticas públicas e à concretização dos preceitos constitucionais, pois os substantivistas dão proeminência aos princípios de justiça.

Após este pequeno devaneio, é certo afirmar que o juiz Hércules inspira o neoconstitucionalismo em sua versão jurídica romano-germânica.

Neste diapasão afirma-se que ocorre atualmente a constitucionalização do direito, abandonando-se a visão dicotômica entre direito público e privado, passando a analisar-se as matérias através de um "filtro" constitucional. E, desta forma, muitos autores de grande relevância defendem uma teoria geral do processo una. Nota-se, dentro desta visão, que o direito processual não pode mais se ver desgarrado do direito constitucional, com isso criou-se, também o instituto do neoprocessualismo. Tal fenômeno é acarretado pela constitucionalização dos direitos processuais fundamentais, além de uma crescente adoção de cláusulas gerais e um grande aumento dos poderes dos juízes.

2 - **Transformações do direito constitucional com o advento da CRFB/88**

Após longo período ditatorial, em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, chega-se à tão sonhada democracia.

Neste passo, a Constituição Brasileira de 1988 promoveu a mudança de um regime autoritário (intolerante e violento) para um regime democrático.

Remodelando direitos e garantias, veio a Carta Magna, projetar um novo futuro. Futuro, este, que por muitos ainda não era visto claramente. Meio nebuloso pode-se dizer.

Leigos, políticos e juristas, juntos esperavam ansiosos por esta conquista aguardada por anos, décadas. Pessoas queriam mudanças, estavam cansadas de promessas; queriam ação.

E foi "ação" o que a Carta Política de cinco de outubro proporcionou. Mas não só isso, proporcionou também, a redemocratização do Brasil da qual foi a principal protagonista. Pode-se depreender tal afirmação simplesmente observando o título primeiro e segundo desta Constituição.

O título primeiro trata dos princípios fundamentais, ou seja, as metas diretivas em que a Constituição se baseia. E no título segundo revela a grandiosa preocupação com a pessoa humana.

Diferentemente do que se viu nas constituições passadas, o bem estar das pessoas foi consagrado em primeiro plano.

Viu-se surgir, no Brasil, não um "papel" com objetivos e regras a serem seguidas, mas sim, pode-se verificar um sentimento constitucional. Sentimento este que impulsionou o Direito Constitucional ao cume dos estudos jurídicos. E, com isso, o Direito Constitucional veio a assumir nova feição protegendo e defendendo os direitos fundamentais.

Desta feita, vale gizar que o art.1º da CRFB[1] dá a titularidade do poder ao "povo". Nesta nova concepção democrática o "povo" exerce o poder através de seus representantes. Prevalece, a partir cinco de outubro de 1988, os direitos fundamentais,

[1]É de boa índole destacar que, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, a concepção de Estado Democrático de Direito é combinação entre dois conceitos: constitucionalismo e democracia. O primeiro traduz limitação do poder e supremacia da lei (*rule of law*). O segundo simboliza soberania popular e governo da maioria. (BARROSO, 2009, p.10)

consagrando-se, de uma vez por todas, um Estado Democrático de Direito. Como intuitivo tais direitos deixaram de ser meras promessas, e, portanto, passaram a ter aplicabilidade imediata. Os princípios não são mais formas de preenchimento de lacunas jurídicas, muito pelo contrário, e esta é a tendência do pós-positivismo. Desta feita, o Estado de Direito não mais é individualista, formal e passivo; agora este é um Estado material de Direito onde se almeja a justiça social.

Para Canotilho "o constitucionalismo ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade". Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Então, o novo quadro constitucional brasileiro foi delineado e desde 1988 este quadro está sendo aperfeiçoado pelos operadores do direito, legisladores e, também, pelo povo. Com a leitura do preâmbulo constata-se a instituição de um Estado Democrático (como já explicitado acima), destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

É importante assinalar que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; foram abrangidos de forma exaustiva pela Carta Política de 1988.

Em decorrência destes eventos, o Supremo Tribunal Federal se erigiu como duto de resistência às investidas dos Poderes Legislativos e Executivos, tudo isso, com o intuito de se evitar o retrocesso social ou inefetividade dos direitos fundamentais. O Supremo, após 1988, tornou-se um "guardião" ainda mais zeloso pelos preceitos emanados da Carta Magna.

Então, dentro deste novo sistema que se ergueu com a Constituição de 1988 ocorreu, por óbvio, o nascimento do neoprocessualismo (fenômeno já revelado perfunctoriamente na introdução).

O neoprocessualismo estimula institutos e garantias processuais tendo em vista a constitucionalização dos direitos. O desafio último desta matéria jurídica é proporcionar uma instrumentalidade do processo (respeitando o princípio da legalidade e o princípio da duração razoável do processo) com o garantismo dos direitos fundamentais. O fulcro

deste instituto é criar técnicas rápidas e adequadas à realização do direito processual, entretanto deve-se esmerilhar esta celeridade do processo prudentemente, pois não se deve a qualquer preço arriscar o devido processo legal (*substantive due process of law*)[2].

Com este novo formato na estrutura do Estado Brasileiro, salutar ressaltar, que criou-se um filtro interpretativo. Ou seja, toda norma infraconstitucional passa a ser interpretada a partir da Constituição da República Federativa do Brasil. Destarte, a hermenêutica constitucional ganhou força e passou a exercer um papel de grande relevância para a defesa e garantia dos direitos fundamentais.

Desta feita, surge-se o princípio implícito da proporcionalidade ou razoabilidade, que, atualmente gera infinitas discussões e devaneios doutrinários. Por isso, é de boa didática discorrer-se acerca deste tópico.

3 - **Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Razoabilidade**

Pretende-se, com esta análise, não só tecer comentários teóricos à respeito deste tema; mas também municiar a atividade jurisprudencial brasileira, primando-se pela proteção dos direitos fundamentais, inclusive, também, com aqueles referentes ao processo.

É objeto da proporcionalidade fazer com que não haja alguma restrição a direitos fundamentais. Cunha-se importante ressaltar que é uma restrição às restrições.

Com base na doutrina de *Alexy*[3] onde são divididas as normas jurídicas em duas categorias: as regras e os princípios. Esta divisão se baseia na estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes.

É evidente para os estudiosos deste tema que existe uma grande discussão se a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios ou regras. Contudo, este não é o cerne deste trabalho; e, ademais já existe suficiente material para tal aprofundamento.

[2]PINHO, 2009, p. 50).
[3]*ALEXY, Robert. Zum Begriff dês Rechtsprinzipien. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 177-212.* Apud. SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

De forma iluminada esclarece-nos o Professor Virgílio Afonso da Silva[4], que a regra da proporcionalidade seja de grande predomino e compreendida como aparelho de controle contra excessos, vem adquirindo importância como instrumento contra omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais.

Vale destacar que o Princípio da Razoabilidade tem origem inglesa. Na Inglaterra este princípio é chamado de Princípio da Irrazoabilidade que foi criado em uma decisão judicial de 1948 (*Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation*). Desta decisão extrai-se que se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir. Ou seja, destina-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis[5].

Virgílio Afonso ressalta que a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais eclodiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, não sendo uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, tampouco simples análise da relação meio-fim. Conforme jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.

É necessário comentar que o STF, em seus julgados, não diferencia a proporcionalidade da razoabilidade. A Corte Máxima brasileira limita-se a equiparar proporcionalidade à razoabilidade, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade. Com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal não se pode verificar se realmente foram analisados os três sub-princípios da proporcionalidade, pois nas decisões dos julgados somente discorrem sobre a aplicação ou não de tal princípio. Contudo, a análise dessas três sub-regras (ou sub-princípios) é de fundamental importância, pois regem-se pelo caráter da subsidiariedade. Em outras palavras: só é exigível a análise da *necessidade* se o caso não tiver sido resolvido com a

[4]SILVA, 2002, p.23-50.

[5]*"So outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it. The test laid down in this case, in all three limbs, is known as "the Wednesbury test". The term "Wednesbury unreasonableness" is used to describe the third limb, of being so unreasonable that no reasonable authority could have decided that way. This case or the principle laid down is cited in United Kingdom courts as a reason for courts to be hesitant to interfere into the decisions of administrative law bodies."*

análise da *adequação*; assim sendo, a análise da *proporcionalidade em sentido estrito* só será feita se não se satisfez a análise da *necessidade*.

Por isso a evolução da jurisprudência alemã criou a Teoria dos Degraus (*Stuffen Theorie*). Essa teoria ilustra a figura de uma escada, na qual a *adequação* está no primeiro degrau; a *necessidade* no segundo; e, a *proporcionalidade em sentido estrito* no terceiro degrau. Primeiro analisa-se se a medida é adequada, depois se é necessária e depois se é proporcional em sentido estrito.

Em algumas decisões do STF, como já visto, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o Tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inciso LIV do art.5º da CRFB/88[6].

Boa parte da doutrina entende que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no chamado princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, e Suzana de Toledo Barros. Esta é uma tendência que, na Alemanha, encontra apoio em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina.

4 - **O constitucionalismo no direito comparado**

O fenômeno pelo qual o constitucionalismo brasileiro está passando neste momento histórico, mormente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, não é uma peculiaridade brasileira.

Ao redor do mundo, e em tempos diferentes, Tribunais Constitucionais de outros países foram protagonistas de decisões, ora polêmicas, ora inovadoras, seja por um papel ativista, seja por julgamentos no âmbito das políticas públicas.

Este momento aconteceu ou está acontecendo, em diversos países do mundo ocidental. Dessarte ocorre um avanço da justiça constitucional em face da política da maioria, ou seja, em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

[6] Art.5º, CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Barroso[7] fornece-nos alguns dados de extrema importância:

> No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.

Este foi um breve esclarecimento do Direito Constitucional no âmbito do Direito Comparado. Não se pode deixar de ressaltar que todos esses fatos mostraram-se evidentes após a Segunda Guerra Mundial. Nesta senda, pode-se citar Alemanha e Itália que, após a década de 40, do séc. XX, com suas novas constituições e a implementação de Tribunais Constitucionais subsidiaram o modelo contemporâneo do direito constitucional, tanto no Brasil como na própria Europa.

Insta lembrar, ainda, a questão Norte Americana. De todos os países acima descritos, os Estados Unidos da América é o de maior poder ativista e o precursor do controle difuso de constitucionalidade. Vale gizar tal acontecimento.

Nos idos de 1803, ocorreu, nos Estados Unidos, um julgado de extrema importância, qual seja, *Marbury vs. Madison*. Foi neste importante precedente que iniciou a *judicial review* e aproximou o Direito da Política.

Segundo Eduardo Cambi[8], no final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte americano *John Adams* apontou *Willian Marbury* para cargo no judiciário federal norte-americano. O novo Presidente, *Thomas Jefferson*, do partido rival, assumiu antes que *Willian Marbury* tomasse posse e recusou a sua nomeação ao

[7](BARROSO, 2009, p.1-2).
[8]CAMBI, 2007, p.9.

cargo de juiz federal. Inconformado *Marbury* demandou *James Madison*, secretário de Estado de *Thomas Jefferson*, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse *Jefferson* a nomeá-lo magistrado federal. *James Madison* simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da Suprema Corte *John Marshall*, que havia sido secretário de Estado de *John Adams*, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que *Marbury* fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a *Jefferson* que tinha ignorado a demanda. Diante deste impasse, *John Marshall*, após citar *Jefferson* e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de *Marbury*. Em outras palavras, *Marshall* deu razão a *Marbury*, mas considerou que seu pedido estava calcado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente *Thomas Jefferson*, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

Em 1891 o controle difuso de constitucionalidade foi implementado na Constituição Republicana brasileira. Então, pelo princípio da supremacia da Constituição nenhuma lei ou ato administrativo poderá feri-la, sob pena de censura judicial que poderá ser feita por qualquer magistrado (controle difuso).

Após pequena digressão explicativa acerca da origem do controle de constitucionalidade, voltar-se-á atentamente sobre os aspectos práticos do ativismo judicial norte-americano.

Primeiramente, o ativismo judicial americano foi visto de sob um enfoque conservador. Os setores mais reacionários encontraram neste fenômeno ampla argumentação e fértil campo para decisões injustas e preconceituosas.

Faz-se mister comentar sobre algumas delas, como o caso da segregação racial (*Dred Scott v. Sanford, 1857)*. Em março de 1857 a Suprema Corte Norte Americana liderada pelo *Chief Justice Roger B. Taney*, declarou que todos afro-descendentes, mesmos os escravos livres, não eram e não poderiam ser cidadãos americanos. *Dred Scott* era um escravo liberto, que viveu no estado de *Illinois* e no estado de *Wisconsin*. Contudo, após certo tempo de liberdade, fora ele transferido para o estado de *Missouri* onde *Scott* retornou ao *status quo ante* de escravo. Desta feita, apelou para a *Supreme Court* na esperança que pudesse ser-lhe concedida sua liberdade novamente.

O *Chief Justice Roger B. Taney* decidiu da forma supracitada. *Taney* ainda disse que como *Dred Scott* era negro não tinha nem o direito de demandar perante o Poder Judiciário. Para *Taney* era claro: se negro não era cidadão, certo era de que não poderia pleitear causa alguma no Judiciário americano. *Chief Justice Roger*, interpretando a Constituição Americana, ainda proclamou de forma ululante que os constituintes originários não acreditavam que um afro-americano teria qualquer direito, e que o americano branco não precisaria respeitar qualquer destes direitos. É necessário salientar ainda que este juiz da Suprema Corte Americana exarou seu pensamento racista dizendo que era para o benefício de *Scott* ser rebaixado novamente à condição de escravo.

O *Chief*, para não deixar dúvidas sobre seu posicionamento, ainda declarou que malgrado a Declaração da Independência Americana (*Declaration of Independence*) gizar sobre a igualdade de todas as pessoas humanas, era evidente que a raça africana não estava abrangida nesta hipótese e que africanos não eram sujeitos de direitos nesta declaração.

Neste caso, mostra-se claro a interpretação distorcida de uma das Constituições que inspiraram a democracia mundial. *Dred Scott* foi tratado como uma mercadoria, da qual as pessoas poderiam obter vantagens e auferir lucros.

A Era *Lochner* (1905-1937) foi outro ponto culminante e cumpre destacar neste artigo. Nesta Era ocorreu a invalidação das leis sociais, bem como uma drástica mudança jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal. *Lochner era* foi um marco na jurisprudência da Suprema Corte Americana (*Lochner v. New York*, 1905[9]). Nesta Era a Suprema Corte invalidou várias leis que regulavam as condições de trabalho, fundando-se na idéia da doutrina do *laissez faire*[10], até a Grande Depressão de 1929. Durante este período a Corte Máxima Americana manteve alguns regulamentos econômicos, entretanto, ao mesmo tempo, invalidou alguns destes regulamentos. Todavia, as decisões não se abstiveram de outras situações; em outras palavras, a Suprema Corte passou a regular também alguns direitos individuais, tal como: liberdade de expressão.

[9]Neste precedente americano a Suprema Corte considerou inconstitucional lei nova-iorquina que demarcava jornada de trabalho de padeiros.

[10]É uma expressão francesa de cunho puramente capitalista, onde o mercado deve funcionar livremente, sem interferência do Estado. É um clichê do Estado Liberal, e significa literalmente "deixai fazer". Tal doutrina tem como principal defensor Adam Smith.

O marco final desta Era foi o caso *West Coast v. Parrish, 1937.*

Elsie Parrish era uma camareira do *Cascadian Hotel* (pertencente ao grupo *West Coast Hotel Company*), ela juntamente com seu marido demandou judicialmente o aumento de seu salário, já que *Parrish* recebia menos do que o salário mínimo imposto pelo governo americano naquela época.

Revela destacar, que essa utilização do ativismo judicial pela ala conservadora americana não mais prosperou após o precedente supracitado e a partir da década de 50, quando *Earl Warren* tornou-se presidente daquela Corte Suprema. Como intuitivo, a "*Corte Warren*" (como ficou conhecida) primou pela produção de jurisprudência progressista, julgando diversos *hard cases. V.g. Brown vs. Board of Education,1954; Griswold vs. Connecticut, 1965; Roe vs. Wade, 1973*, dentre muitos outros.

5 - **O Ativismo Judicial**

Primeiramente, é de boa técnica conceituar "ativismo judicial".

Ativismo judicial é uma atitude, é a eleição de um modo proativo de interpretar a Constituição, propagando seu sentido e extensão. Instala-se em situações de encolhimento do Poder Legislativo, onde ocorre um desajuste entre a esfera política e a sociedade, inabilitando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Diversas são as condutas ativistas, pode-se citar como exemplos: (a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; (b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, mormente no que tange às políticas públicas.

Vale ressaltar que o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. Não se quer com este fenômeno invadir o campo da criação livre do Direito, papel típico do Poder Legislativo.

Para assegurar um maior embasamento doutrinário é necessário citar Mauro Cappelletti, que em seu livro "Juízes Legisladores?" procura esmiuçar a atuação criativa dos magistrados na aplicação do Direito. Segundo Cappelletti[11], este fenômeno é

[11]CAPPELLETTI, 1999, p.24.

inevitável, pois que toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade. Nunca se confundindo com arbitrariedade, pois a criatividade respeita elementos processuais e substanciais.

Este instituto vem redefinindo os limites da competência jurisdicional. De outro giro, alcança áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição. Salutar ressaltar que não mais prospera o quadro inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois com o passar do tempo houve um crescimento e valorização das questões diretamente afetas ao Direito Constitucional; como já revelado anteriormente neste trabalho.

E, acima de tudo, a própria compreensão do Direito Processual mudou. Antes o STF revelava-se confortável com análises do direito privado. Mas, atualmente, valoriza-se mais o acesso à justiça que a forma (como outrora acontecia). E, ainda, flexibilizou-se velhos dogmas do processo em favor da real garantia da prestação da jurisdição.

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde.

Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade[12]. Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a *vis atrativa* desses problemas que "normalmente" seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Estes exemplos, nada mais são do que a demonstração do ativismo judicial no Estado Brasileiro. Contudo, pergunta-se: o que acontece para haver esta sobreposição do Poder Judiciário em face dos outros dois Poderes? Não haveria a quebra do sistema

[12]Salutar se faz ressaltar o julgamento acerca das células-tronco embrionárias (art.5º da Lei de Biossegurança). Este caso foi envolto por uma grande discussão, inclusive com a participação da sociedade civil na condição de *amicus curiae*. O debate no Supremo Tribunal Federal foi muito mais divulgado do que a própria elaboração da lei. Mostra-se, com isso, uma maior preocupação do Poder Judiciário com a divulgação e a informação das pessoas. Desta forma, não só juristas podem opinar, mas também especialistas na área que não sejam do ramo do Direito.

de freios e contrapesos? O Judiciário não estaria invadindo competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo?

Estas são perguntas muito coerentes e de grande importância. Inicialmente este tema pode ser abordado dizendo que ocorre no Brasil uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo. Esta "crise", por sua vez, dá ensejo à uma expansão do Judiciário (mais precisamente do STF – "guardião da Constituição") preservando os direitos constitucionalmente previstos. Por isso decisões que suprem omissões acarretando inovações na ordem jurídica acontecem e tem um caráter normativo geral[13].

Os críticos do ativismo judicial oferecem vários tipos de argumentos, alguns tentadores (não se pode olvidar), porém, todos rebatíveis e com fortes elementos que os embasam.

Críticos dizem que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, e com isso dizem que a legitimidade democrática estaria em risco, pois, afinal, o poder emana do povo. Todavia, a própria Constituição oferta ao Poder Judiciário a capacidade de sobrepor suas decisões às dos representantes do povo (sendo este o caso). Cumpre destacar, que indiretamente os magistrados estão aplicando a vontade do povo, afinal, magistrados (numa análise superficial) apenas aplicam as leis que são elaboradas diretamente pelos representantes do povo[14]. Outro argumento para se rebater as críticas feitas pelos formalistas contra o ativismo judicial é de que vivemos num Estado Democrático de Direito. Portanto, dentro deste paradigma o constitucionalismo defende os direitos fundamentais, que muitas vezes são esquecidos pelos nossos legisladores.

6 - **O ativismo judicial em sistemas da *common law* e sua historicidade**

Como já visto anteriormente neste trabalho, o ativismo é característico do Sistema da *Common Law*.

[13]É de boa técnica dizer que foi de grande contribuição para o ativismo a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A súmula vinculante e a repercussão geral são instrumentos de grande auxílio para o caráter proativo do Judiciário.

[14]Luís Roberto Barroso (2010, p. 307-351) esclarece, com destreza, que, atualmente magistrados não são mais a "boca da lei". Porque, não desempenham atividade puramente mecânica na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluídas e indeterminadas, como: dignidade da pessoa humana, direito de privacidade e boa-fé objetiva. Por isso, eles tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito.

Os Estados Unidos da América e a Inglaterra são exemplos típicos deste sistema.

Neste diapasão, insta anotar algumas linhas sobre este aparelho. Numa tradução literal pode-se depreender que *Common Law* significa "direito comum". Este "direito comum" se desenvolveu em alguns países que não adotaram o sistema romano-germânico[15], mas adotaram o sistema anglo-saxão. Decorre de precedentes jurisprudenciais (decisões dos tribunais) e não mediante atos legislativos e/ou executivos.

A criação do direito na *Common Law* é de iniciativa dos magistrados que, analisando um caso concreto, criam ou abrem precedentes jurisprudenciais para serem aceitos em outros casos, desde que haja similar situação. O conjunto de precedentes é que é chamado de *Common Law* e vincula futuras decisões[16].

Historicamente, durante o séc. XII e séc. XIII que se desenvolveu, na Inglaterra a *Common Law*. Inicialmente eram decisões judiciais que se baseavam no costume, tradição e precedentes. Este sistema se baseia no casuísmo, ou seja, na análise de cada caso concreto.

Em 1115, o rei Henrique II institucionalizou a *Common Law*. Criou-se, assim, um sistema unificado e comum. Os juízes reais viajavam por toda Inglaterra para resolver questões e divergências baseadas nos costumes e tradições de cada lugar, preservando suas características. Com o passar do tempo, os juízes reais voltavam para Londres onde registravam as divergências e os entendimentos deduzidos dos casos analisados em concreto. Desta feita surgiram os precedentes (*stare decisis*).

Então, todas as discussões travadas no território inglês foram concatenadas surgindo um corpo comum, ou seja, uma lei comum do reino inglês.

7 - *Common Law* e Ativismo Judicial

[15]O Sistema Romano-Germânico é o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no Direito Romano, que por sua vez foi interpretado por glosadores a partir do séc. XI. Além disso, este sistema permitiu a codificação do direito (*v.g.*: código civil Frances e BGB) a partir do séc. XVIII. Portanto, uma das mais importantes características deste sistema é seu caráter de direito escrito.

[16]Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior (*stare decisis*). De outra sorte, se o tribunal concluir que tal controvérsia é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, ou seja, é uma controvérsia analisada pela primeira vez, decidirá como *matter of first impression*.

Já se discutiu, neste trabalho, vários aspectos do ativismo judicial em países como os Estados Unidos da América. Contudo, faz-se necessário adentrar em um meandro prático de como o ativismo afeta a vida dos magistrados, o dia-a-dia dos Tribunais e até mesmo a duração razoável do processo[17] neste sistema jurisdicional.

Primeiramente, deve-se deixar límpida a preocupação da Constituição Americana com a duração razoável do processo. Então, não só o Brasil preocupa-se com tal efetividade. Através da promulgação da 6ª emenda à Constituição Americana ficou evidenciada a preocupação com o tempo de duração da prestação jurisdicional[18].

É importante frisar a preocupação dos americanos com o número de horas que um processo consome de um magistrado (*judge-hours*). E, mais ainda, o quanto de dinheiro é gasto com a demora dos julgamentos[19].

Os Tribunais americanos estão abarrotados de processos, tanto quanto os brasileiros. E para acelerar os julgamentos e, até mesmo, impor a certeza das decisões judiciais, os americanos recorrem para todos os modos de concretizar este pensamento. *V.g.*, utilizam a própria figura mítica da justiça para dar maior confiabilidade às decisões judiciais para os cidadãos. Diz-se que os emblemas que rodeiam a Deusa da Justiça (*Têmis*) ilustram uma visão própria de uma prestação jurisdicional justa, portanto quando a figura da justiça carrega uma balança isso reflete a obrigação de uma decisão justa; e quando empunha uma espada (símbolo de poder), esta a outorga grande poder

[17]É importante assinalar que o Princípio da Duração Razoável do Processo foi introduzido em nossa Constituição mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentando o inciso LXXVIII no artigo 5º de nossa Carta Magna. Extrai-se, da clareza didática de Humberto Dalla (PINHO, 2009, p. 46-47) que o processo é instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito pátrio o chamado "processo justo" que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana. É necessário um prazo razoável para a litispendência. Pois, é de todos sabido, que a insatisfação da sociedade com a demora na prestação jurisdicional dá-se pela grande demanda dos jurisdicionados em face da estrutura ainda precária do Poder Judiciário Brasileiro. O dito prazo razoável é muito importante, pois além de atender a celeridade processual tem que realizar uma prestação jurisdicional adequada, sem causar prejuízos indevidos aos jurisdicionados. Nos dizeres de Dalla: "unir uma justiça célere e eficaz. Isso é a tradução da efetividade processual." Ainda em consonância com a lição do prodigioso professor, vale gizar uma passagem do PACTO DE ESTADO EM FAVOR DE UM JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E REPUBLICANO: "poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático." Nesta esteira, Barbosa Moreira opina dizendo que a ideia de que a justiça no Brasil é morosa ou que aqui, a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos é um mito, que não se justifica.

[18]*Speedy Trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*.

[19](RESNIK, 1982, p. 2, 3,4)

para reforçar as decisões. E, como se não bastasse, esta imagem ainda veste uma venda fazendo com que ela não se distraia no rumo das decisões, dando impressão de imparcialidade e não corrupção.

Ocorre que os magistrados americanos tem maior liberdade para liderar as demandas, demonstrando, assim, uma personalidade mais ativa. Neste passo, pode-se afirmar que os juízes americanos tem uma postura mais ativista e autônoma, em relação aos juízes brasileiros que muitas vezes se veem presos na burocracia procedimental. Esta postura ativa dos julgadores norte-americanos é chamada, por eles, de *"managerial judges*[20]*"*.

Exsurge cristalina que, em parte por causa de uma nova visão do papel do magistrado e em parte por causa do grande aumento de demandas judiciais, muitos juízes começaram a se preocupar com o aumento de seus trabalhos. Então, para reduzir mais esta preocupação, os magistrados americanos recorreram a *experts* em controle de gestão. Com esta ajuda os juízes puderam experimentar novos regimes para a resolução mais rápida das lides, perseguindo assim acordos e evitando processos longos. Tal inovação logo deixou de ser experimental e se espalhou pelo judiciário americano, rapidamente se tornando obrigatório. Nesta seara o gerenciamento pré-julgamento de processos tornou, em quase todos os casos, obrigatório[21].

Com supedâneo no julgamento de *Petite v. Governor, 1972* pode-se exemplificar o papel ativista do magistrado americano. *William Petite* em seu nome e no nome de seus colegas de cárcere do Presídio Estadual de Segurança Máxima de *Hadleyville* ajuizaram demanda onde eram réus tanto o diretor do presídio quanto o governador do estado. Em 1974 a juíza *Denise Breaux* detectou que as condições de vida e habitação naquele presídio estadual eram inconstitucionais, pois violavam os direitos fundamentais constitucionais dos detentos. Portanto, a juíza *Breaux* ordenou aos réus para agirem *imediatamente*, com o intuito de transformar as condições de vida e habitação do Presídio Estadual de Segurança Máxima de *Hadleyville* constitucionais.

[20]*Many federal judges have departed from their earlier attitudes; they have dropped the relatively disinterested pose to adopt a more active, managerial stance. In growing numbers, judges are not only adjudication the merits of issues presented to them by litigants, but also are meeting with parties in chambers to encourage settlement of disputes and supervise case preparation. Both before and after the trial, judges are playing a critical role in shaping litigation and influencing results.*

[21]*Management is a new form of "judicial activism", a behavior that usually attracts substantial criticism.* Como no Brasil o ativismo judicial encontra certas barreiras, críticas. Entretanto os benefícios são maiores.

Neste caso, a juíza, demonstrando um papel típico do ativismo, transformou-se no centro do processo, mantendo contato com ambas as partes e verificando o cumprimento de suas ordens.

Contudo, o papel da magistrada não é tão poderoso quanto àquela figura da justiça, onde nada a escapa. Afinal, os magistrados não são Deuses, mas sim humanos.

Por isso, durante anos de batalha processual, a juíza *Breaux* tentou fazer com que os querelantes voluntariamente cumprissem seus compromissos de melhora nas condições de vida daquela prisão. Destarte, a magistrada americana decidiu retirar o mandamento amplo e genérico imposto primeiramente por ela, qual seja, "melhora das condições de vida e habitação na penitenciária estadual", e passou a decretar séries específicas de obrigações de fazer. Com isso, ela retirou uma obrigação de caráter genérico e impôs uma obrigação de caráter específico; portanto os réus passaram a ter que melhorar efetivamente o número de guardas por turno, o maior número de horas de atividades ao ar livre e até a data de instalação de uma nova rede de esgoto foi imposta. A juíza, ainda requisitou três advogados daquela comunidade para servirem de monitores. E, para ela própria se certificar das melhoras nas condições de vida dos detentos, fazia algumas visitas não anunciadas ao presídio para que pudesse ver com seus próprios olhos os melhoramentos feitos pelos réus. Como se não bastasse, ainda ordenou que o estado, uma vez por mês, a enviasse informações detalhadas do progresso das reformas que estavam sendo feitas por suas determinações[22].

Ademais, malgrado o ativismo judicial imposto pela magistrada americana supracitada, existem, no Estado Americano mais formas de gerenciamento das causas. Outro exemplo é que os juízes tentam, na maioria das vezes, resolverem os casos de forma informal, ou seja, sem acionar a máquina judiciária (sem desperdiçar tempo e dinheiro do Estado). Os julgadores do norte da América somente em último caso levam a demanda para julgamento[23].

[22]Ibid, RESNIK.

[23]Segundo os juízes americanos eles acreditam que suas intervenções na demanda aceleram o acordo e melhoram o procedimento da lide. De acordo com o texto da juíza *Judith Resnik* entre 85 e 90% dos casos na esfera cível federal americana terminam em acordo. E as demandas que não resultam em acordo acabam sendo extintas por algum defeito de legalidade quanto ao procedimento adotado. Então, conclui-se, que apenas uma pequenina fração de processos civis na esfera federal americana é que realmente vão à julgamento, como por exemplo o caso *Petite v. Governor* (supracitado), onde exige do magistrado um maior envolvimento. Com isso, demonstra-se que o ativismo judicial americano não só se efetiva antes do julgamento, mas também no decorrer dele.

Adrede, o ativismo judicial está presente tanto antes do julgamento quanto durante o julgamento. O ativismo anterior à formação do processo serve exatamente para que se evite chegar ao julgamento. Os magistrados americanos querem diminuir ao máximo o número de processos ajuizados. Com isso, eles possuem uma gama de "poderes" específicos para dirigirem o rumo da demanda.

Vale evidenciar que nos encontros dos juízes com as partes no intuito de gerenciar o andamento da causa (provocando um ativismo judicial pré-julgamento), as reuniões são informais e contrastam com a estrutura do julgamento numa sala de audiência americana. Porque quando os juízes americanos presidem audiências, estas são totalmente formais, inclusive os magistrados utilizam-se da figura da Justiça para impor uma maior seriedade. A própria vestimenta do julgador americano é feita propositalmente para invocar a imagem da Justiça; e, pode-se relatar, ainda, que, eles sentam em mesas elevadas (pequenos palanques) como forma de se sobrepor à figura das demais partes. É muito parecido como o que ocorre aqui no Brasil, só que no contexto do Tribunal do Júri.

Já com as audiências, ou melhor, encontros informais, os juízes utilizam vestimenta comum (como terno) e sentam, dentro de seus gabinetes, em mesas redondas juntamente com as partes para demonstrar uma equivalência de condições e poder chegar mais rápido a um acordo[24]. É o equivalente, no Brasil, com a figura dos juízes leigos de conciliação em Juizados Especiais.

Com baluarte no exposto acima é de enorme clareza que *managerial judges* podem adquirir, testar e usar seus conhecimentos de maneira que um juiz comum (ou seja: um juiz formal, sem personalidade ativista) não as conseguiriam utilizar.

8 - **Judicialização e Ativismo Judicial**

Estes dois movimentos, ultimamente, ocorrem no panorama judiciário brasileiro. Ambos tem características semelhantes, contudo, são distintos.

Mormente porque a Constituição brasileira é analítica (larga, ampla, prolixa, extensa) e abarca um sistema de constitucionalidade misto, ou seja, engloba tanto o modelo europeu (sistema concentrado) quanto o modelo americano (sistema difuso); e,

[24]Vale destacar que esses acordos feitos de maneira informal são raramente expostos à opinião pública.

portanto, essas características fazem com que embates de grandes proporções sejam trasladados para o Poder Judiciário. Em breves palavras: a Constituição remete tais questões ao Judiciário, dada sua característica analítica.

Dissonante, entretanto, é o que ocorre com o ativismo judicial. Este exprime um modo interpretativo da constituição; como já se viu anteriormente neste trabalho. Mister, é o fato que tal atividade hipertrofia o sentido e alcance das normas. Ocorre, quando o legislador ou o administrador, de algum modo, se mostra inerte podendo até causar danos a alguns dos direitos fundamentais do cidadão.

Faz-se clamoroso, portanto não anódino, dissertar que há posicionamento divergente. Espíritos mais conservadores arrepiam-se com este fenômeno e elencam uma série de "riscos", tais como: i – perigo para a legitimidade democrática; ii – politização da justiça; iii – segurança jurídica; iv – separação dos poderes; v – incapacidade institucional do Judiciário perante determinados assuntos.

Todavia, é necessário ressaltar que com o advento do Neoconstitucionalismo não há como pensar na substancialização do Estado Democrático de Direito sem construções criativas por parte do Poder Judiciário. Por isso, caem por terra, um por um, tais argumentos conservadores[25]. Não há perigo para a legitimidade democrática uma vez que a Carta de cinco de outubro gizou por um estado intervencionista, outrossim, tais riscos são atenuados pelo fato de juízes e tribunais não fugirem à aplicação da Constituição e das leis. Já a politização da justiça não ocorre na medida em que os magistrados somente podem agir dentro do âmbito esculpido no ordenamento jurídico pátrio. De certo, também, os julgadores não podem vendar-se diante de iniqüidades, devendo, então, sempre, ponderar sobre os aspectos políticos de suas decisões. Poder-se-á relativizar a segurança jurídica dando azo a decisões mais justas. Já para rebater o argumento da separação dos poderes importa destacar que todas as decisões são tomadas com fulcro na Carta Magna, esta promulgada por representantes do povo brasileiro. E com relação a incapacidade do Judiciário para decidir determinados temas, insta salientar que tais decisões sempre serão cotejadas com valorações produzidas pela instância especializada em tal assunto.

[25]André Copetti disserta que a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais. (COPETTI, 2005, p.10-11).

Com baluarte no Neoconstitucionalismo não se pode visualizar normas constitucionais como normas de mera exortação político-ideológica, ou seja, sem nenhuma vinculatividade para os Poderes Públicos e para os particulares. Revela-se, atualmente, inadequado tal pensamento, pois que o art.5º, §1º da Carta Política de 1988[26] estabelece de forma expressa a aplicabilidade imediata (direta) das normas jusfundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, integrante maior do Poder Judiciário é o guardião da Constituição Brasileira, e tem, desta forma, o dever de aplicá-la valorizando, sempre, os direitos fundamentais. A atuação, desta forma se dá a favor da democracia.

9 - **Considerações Finais: um sentimento constitucional**

Da forma em que o tema foi exposto no presente artigo, vê-se que o ativismo judicial não é mais um fenômeno fantasmagórico do Direito. Mas sim, uma realidade cada vez mais presente nas lides atuais.

É evidente dentro da Suprema Corte brasileira o desenvolvimento deste tema, tão importante para a justiça social. De certo que este movimento tem seus defensores e opositores, mas límpida foi a demonstração, neste trabalho, que mais correto é adotar uma visão moderna e fazer valer os princípios constitucionais, primordialmente a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a concretização dos princípios constitucionais e do valor jurídico da dignidade da pessoa humana será assumida, dentro do processo judicial, pelas partes e pelo juiz.

Desta feita a constitucionalização do direito foi protagonista para a irradiação da jurisdição constitucional em praticamente todos os âmbitos. Pois que, decorre daí a aplicação da Constituição em diversas matérias, provocando tanto um aumento nas demandas como também um maior conhecimento, por parte do cidadão, de seus direitos e, ainda, nesta toada, ocorre uma intensa judicialização das políticas públicas. Importa sublinhar que a constitucionalização dos direitos e garantias processuais salienta o caráter publicístico do processo (neoprocessualismo). Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição apossou-se de uma genuína força normativa e efetividade. Como já afirmado neste artigo as normas constitucionais não mais são enxergadas como

[26]Art.5º, § 1º, CF/88 - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

documento estritamente político. Muito pelo contrário, desfrutam nesta oportunidade de aplicabilidade direta e imediata. Direitos constitucionalmente consagrados, *v.g.*, direitos à saúde e educação, sustentam-se como direitos subjetivos em sentido amplo, admitindo-se, inclusive, tutela jurídica específica.

Portanto, visa-se demonstrar que não se pode mais imaginar que as escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo estejam insusceptíveis de controle judicial. A tendência do Neoconstitucionalismo é de uma atuação cada vez maior do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. O Judiciário brasileiro, é, hodiernamente, invocado a intervir no âmbito da Administração Pública, como nos casos de fornecimento de medicamentos. Busca-se, com esta intervenção, a realização de um juramento constitucional, qual seja, uma prestação uniforme e universal do serviço de saúde e demais direitos sociais.

Certo é que o julgador, atualmente, não é mais a mera "boca da lei", muito pelo contrário, ele é convocado a adotar através de uma postura hermenêutica construtiva e criativa, substancializar e materializar a Constituição e seus direitos humanos fundamentais. Neste diapasão, a sentença passa a ser resultado de uma interpretação à luz de princípios e valores traçados pela Constituição outorgando uma solução mais justa dentre as possíveis.

Exsurge cristalino, o intuito de vaticinar um ativismo judicial bem estruturado e embasado, juntamente com a possibilidade de judicialização das políticas públicas. Não se pode mais tergiversar acerca desta matéria, muito menos manter um comportamento estático conservador, pois esta é uma grande evolução do Direito.

Defende-se, baseando-se no neoconstitucionalismo que o Direito se aproxime da Ética, transformando-se em instrumento da legitimidade, justiça e realização da dignidade da pessoa humana. É necessário, desta feita, uma conservação ou proteção e uma promoção dos direitos fundamentais como condição de uma Constituição Dirigente. Com baluarte, baliza-se o poder político através do poder jurídico.

Vale destacar o pensamento de *Owen Fiss* que afirma ser a função do magistrado dotar os valores constitucionais de significado através do texto constitucional, da história e das ideias sociais, buscando o verdadeiro, correto e justo.

Referências bibliográficas:

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª. ed. Saraiva, 2010.*

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/direito. Acesso em abril de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.* Acesso em janeiro de 2010. Disponível em: http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350666701742181819O1.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, dez. 2009. Disponível em: HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL. LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Revista Panóptica, ano 1, n. 6. Acesso em março de 2010. Disponível em: http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, reimpressão 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

COPETTI, André. *A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Acesso em março de 2010. Disponível em: www.ihj.org.br.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.* Salvador: JusPODIVM, 2008.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2009.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em janeiro de 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 12. ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em http://www.iuspedia.com.br. Acesso em março de 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism.* University of Colorado Law Review. v. 73, sept. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Acesso em: março de 2010. Disponível em: www.redp.com.br.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RESNIK, Judith. *Managerial Judges*. The Harvard Law Review Association. LEXSEE 96 HARV. L. REV. 376. December, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais 798 (2002).

SÍTIO STF: http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp

VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.